

Maria Fernanda Palma

DIREITO PENAL

Parte Geral

A teoria geral da infração como
teoria da decisão penal



AAED
EDITORA

5.^a Edição
Reimpressão
2022

ÍNDICE

Prefácio da 5ª edição.....	7
Prefácio da 4ª edição.....	9
Prefácio da 3ª edição.....	11
§ 1º – O sistema de análise do conceito de crime e a decisão sobre a imputação de responsabilidade	15
A – Introdução: a definição de crime.....	15
B – Desenvolvimento: as teorias sobre a definição de crime e a ideia de sistema	38
C – A teoria geral da infração e as questões primárias de uma teoria da decisão sobre a responsabilização penal. Proposta metodológica....	56
§ 2º – A ação.....	61
A – A ação como limite de responsabilidade e pressuposto geral da responsabilidade penal	61
B – Os comportamentos inconscientes e os automatismos. Responsabilidade penal e complexidade crescente da ação social.	63
§ 3º – A relevância penal da omissão e os limites do juízo de imputação penal.....	73
§ 4º – O comportamento típico.....	89
A – A tipicidade da ação: sentido e função.....	89
B – Tipo de crime, tipo de garantia, tipo de ilícito, tipo de culpa	93
C – Os elementos da estrutura dos tipos legais de crime e os tipos de tipicidade	94
D – Critérios gerais de delimitação e interpretação da tipicidade: a adequação social e o risco permitido.....	102
E – O tipo objetivo e o tipo subjetivo e a conjugação do desvalor do resultado com o desvalor da ação.....	107

§ 5º – A imputação objetiva (a tipicidade objetiva).....	109
A – Noção de imputação objetiva	109
B – As teorias da causalidade	110
C – A teoria do risco	114
D – A imputação objetiva como atribuição de eventos típicos subordinada aos critérios sociais de domínio ou competência relativamente a certos bens.....	115
E – A metodologia da decisão na matéria da causalidade/imputação objetiva	128
F – Causalidade científica e imputação objetiva: a importação das fórmulas INUS e NESS para a teoria geral da infração criminal...	131
§ 6º – A imputação subjetiva (a tipicidade subjetiva).....	135
A – O dolo no juízo de imputação subjetiva. Dolo e problemática do risco. Os elementos do dolo (elemento intelectual e elemento volitivo)	135
B – A decisão criminosa nas figuras do dolo direto, necessário e eventual.....	143
C – Os critérios tradicionais de distinção entre dolo eventual e negligência consciente e a teoria da vontade.....	146
D – A possibilidade de utilização de uma concepção extrovertida da vontade na figura do dolo eventual e a metodologia de distinção segundo tal perspectiva	153
E – A necessidade de uma específica relevância de culpa do dolo eventual.....	159
F – Erro sobre a ilicitude, inimputabilidade e dolo eventual.....	165
G – O dolo eventual e a contraposição entre o eu e o outro, na linguagem humana	166
H – Da análise do problema à experiência jurisprudencial.....	167
I – Dolo e elementos subjetivos da ilicitude.....	169
J – Dolo e “preterintencionalidade” – crimes dolosos e crimes agravados pelo resultado	176
L – Erro e dolo. Novas construções do elemento intelectual do dolo e a doutrina do erro.....	178

M – O objeto do dolo e o conhecimento dos elementos do tipo. Os elementos descritivos e os elementos normativos.....	189
N – Espécies de erro: o erro sobre a factualidade típica e o erro sobre a ilicitude	197
O – Espécies de erro sobre a factualidade típica. O erro relevante e o erro irrelevante para a exclusão do dolo.....	200
P – O erro sobre proibições legais e elementos normativos do tipo. O problema do erro em conexão com as normas penais em branco	219
Q – Análise dinâmica do dolo como problema constitutivo da imputação subjetiva. A prova do dolo	224
§ 7º – Ilicitude e justificação	229
A – A ilicitude como elemento do conceito de infração criminal e juízo de valor na decisão penal. A ilicitude como desvalor da ação e do resultado.....	229
B – A exclusão da ilicitude ou justificação do facto como momento essencial do juízo de ilicitude.....	240
§ 8º – A estrutura normativa da justificação. Sistemas de justificação em conexão com a unidade do ilícito ou com um ilícito estritamente penal.....	243
A – A perspectiva lógico-normativa sobre as causas de justificação	243
B – A perspectiva de uma exclusão da ilicitude estritamente penal. As teses de Günther. Crítica	252
C – Sistema penal bidimensional ou pluridimensional: a relação entre a exclusão da dignidade punitiva e a função da prova da legítima defesa.....	260
§ 9º – Justificação em Direito Penal: o sentido material da exclusão da ilicitude e sua distinção da exclusão da culpa. Conceitos de justificação ...	263
A – A investigação de um sentido material de justificação em Direito Penal, a partir da linguagem da ação, da linguagem da moral e do pensamento jurídico	263

B – As fontes da justificação. A aquisição de princípios gerais de justificação que definam a justificação em sentido material. A interpretação do artigo 31º do Código Penal.....	272
§ 10º – Causas de justificação do facto	287
A – Legítima defesa	287
B – Direito de necessidade	317
C – Conflito de deveres.....	347
D – O consentimento do ofendido.....	355
E – O consentimento presumido	366
F – O sentido da justificação no Direito Penal e as causas de justificação supra-legais	369
§ 11º – Elementos subjetivos das causas de justificação	381
A – Os contextos sistemático, ético e ontológico do problema da relevância dos elementos subjetivos das causas de exclusão da ilicitude.....	381
B – O conceito ontológico mínimo de ação justificada como base da causa de justificação: o caso expressivo da legítima defesa	398
C – Problemática geral da relação do fundamento de uma causa de justificação com a exigência de elementos subjetivos: o caso expressivo do fundamento da legítima defesa.....	401
D – A delimitação do conteúdo e intensidade do elemento subjetivo em função da causa de justificação e dos seus fundamentos. Consequências da não verificação dos elementos subjetivos nas causas de justificação a partir do caso da legítima defesa	405
§ 12º – O erro sobre as causas de justificação.....	413
Bibliografia.....	423

Maria Fernanda Palma
Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito de Lisboa
Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

A teoria geral da infração como teoria
da decisão penal

5ª edição

1.ª Reimpressão



AA FDL
EDITORA

Lisboa | 2022

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.

Exceptuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra.

Os infractores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.

Ficha Técnica

Título:

Direito Penal – Parte Geral – A teoria geral da infração como teoria da decisão penal

AAFDL | 2020 | 5ª edição – 1.ª reimpressão

Autor:

Maria Fernanda Palma

Edição:

AAFDL

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Impressão:

AAFDL

ISBN:

978-972-629-400-9

Depósito Legal:

468618/20

Março | 2022

*À minha Mãe
In memoriam*

PREFÁCIO DA 5ª EDIÇÃO

Esta nova edição acrescenta uma referência que me pareceu pertinente sobre as relações entre a causalidade científica e a teoria geral da infração criminal, a propósito da utilização pela doutrina penal das fórmulas INUS e NESS, uma discussão com algumas décadas e que para alguns autores terá produtividade na metodologia da resolução dos casos de imputação objetiva.

Este livro não diferencia, propositadamente, o plano científico do pedagógico, embora procure sínteses que tornem mais comunicativa a apresentação da discussão teórica. Mantém-se, nesta edição, uma concentração nos aspetos nucleares das questões versadas e o estímulo a um pensamento radicado no problema e orientado para soluções efetivas fundamentadas.

Linda-a- Velha, 6 de março de 2020

PREFÁCIO DA 4ª EDIÇÃO

A quarta edição destas lições revê pequenas imprecisões e gralhas que subsistiram nas edições anteriores. Introduz também pequenos aditamentos justificados pelo desenvolvimento das minhas reflexões sobre a matéria exposta, tornadas possíveis pela dinâmica das aulas teóricas da disciplina de Direito Penal II e pelo debate constante com os docentes da minha equipa, bem como pelas dúvidas pertinentes suscitadas pelos alunos do curso.

Em próxima edição, continuarei o trabalho de documentar o estado da minha investigação com a análise crítica da jurisprudência portuguesa, no âmbito do projeto *Hércules*, a ser desenvolvido no Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (CIDPCC).

Lisboa, 1 de abril de 2019

PREFÁCIO DA 3ª EDIÇÃO

A terceira edição das lições procura analisar a concretização na jurisprudência de alguns dos temas essenciais da teoria geral do crime. Em vários temas, iniciou-se um esforço analítico de compreensão de como a jurisprudência nacional utiliza a doutrina em confronto com a real lógica decisória que enuncia.

Ainda não se reflete uma avaliação global do modo como a jurisprudência interpreta os critérios da teoria geral do crime, avaliação que constitui objetivo de um projeto de investigação, envolvendo vários investigadores do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais, mas inicia-se já uma leitura atenta e sistematizada das decisões dos tribunais superiores em matéria de teoria geral do crime.

Nesta edição, também foi acrescentado um novo parágrafo sobre tipicidade, sistematizando matéria muito relevante para o desenvolvimento da metodologia de qualificação dos factos como crimes, e um novo ponto sobre o tema da legítima defesa da autoridade pública.

A par destes aspetos, foram feitas novas notas.

A urgência da publicação, em face da necessidade de preparação dos alunos da licenciatura, impõe que se remeta para uma ulterior edição a continuação das lições, abrangendo a matéria da culpa e das formas especiais da infração.

Nesta edição, contei com a colaboração da Dr^a Rita do Rosário, investigadora do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais, que me deu uma preciosa ajuda na seleção da jurisprudência. Contei também com uma atenta e qualificada revisão das notas e bibliografia por parte da Mestra Sónia Reis e os valiosos comentários do Mestre António Neves.

Agradeço ainda ao Sr. Veloso da Cunha o seu empenhado trabalho datilográfico e a sua constante disponibilidade bem como ao Dr. André Hölzer a preciosa ajuda na revisão do texto.

E, mais uma vez, é a AAFDL, com a sua equipa competente, representada tecnicamente pela Fátima Rocha a que está confiada a edição destas Lições.

Em todos os momentos da vida, o trabalho de um autor reflete o seu progresso e o seu entusiasmo. Neste, como disse, apenas se abre um caminho para um estudo crítico da doutrina e do Direito tal como se pratica, na perspectiva de uma contribuição para a realização de uma ideia de Direito que cada vez mais se me impõe – a de que o Direito não é uma mera forma vazia, um instrumento sem conteúdo a que os interesses sociais possam recorrer, mas integra, colados aos seus critérios e conceitos, ideias precisas de justiça, que o tornam indisponível para uma utilização arbitrária.

Linda-a-Velha, 13 de março de 2017

A TEORIA GERAL DA INFRAÇÃO COMO TEORIA DA DECISÃO PENAL

§ 1º – O sistema de análise do conceito de crime e a decisão sobre a imputação de responsabilidade

A – Introdução: a definição de crime

1. O estudo dos princípios do Direito Penal revelou um elenco de garantias a que a interpretação-aplicação da lei penal está sujeita. Por outro lado, o conceito material de crime foi o tema adequado para uma reflexão sobre os limites de uma liberdade legislativa de conformação dos conteúdos do Direito Penal. Mas uma aplicação do Direito Penal em obediência efetiva aos princípios da culpa, da legalidade e da necessidade da pena ainda reclama um método disciplinador do juízo valorativo sobre a responsabilidade criminal.

Como é que se decide a aplicação da lei penal aos casos concretos, não agora na perspectiva da identificação da lei aplicável mas antes na perspectiva da confrontação direta do caso com a lei já identificada, de forma a decidi-lo de acordo com o Direito?

É esta teoria da decisão do caso em face da lei penal e do Direito que a doutrina tem buscado na teoria geral da infração ou teoria do crime, propondo uma ordenação lógico-valorativa da determinação da responsabilidade penal a partir do confronto do facto concreto com os tipos legais de crime.

2. A teoria geral da infração não surge, porém, nas suas formulações tradicionais, como uma teoria da decisão penal, mas antes como uma teoria sobre a definição do crime. Assim, o que

a teoria europeia de inspiração germânica¹ costuma oferecer é o estudo da essência do crime a partir das características comuns a todas as figuras de crime contidas num código penal, propondo que se desenhem através dessa essência e dessas categorias os passos lógicos que conduzirão o intérprete no processo de qualificação de um facto concreto como crime.

Admite-se, pois, que todas as figuras previstas no Código Penal como crimes –, os homicídios, roubos, violações ou outros factos quaisquer – justificam a aplicação da pena respetiva, na medida em que são espécies de um mesmo género – o crime –, isto é, são ações dominadas pela vontade (ou, nos casos de negligência, apenas domináveis pela vontade), não justificadas excecionalmente pela realização de valores juridicamente relevantes (como poderia acontecer, por exemplo, num homicídio em legítima defesa) nem desculpáveis por força de um qualquer estado psicológico de enfraquecimento da liberdade de determinação vivido pelo agente, caso em que as referidas ações não chegariam a ser crimes.

Diz-se, assim, que crime é o facto típico, ilícito, culposo e punível, expressando um conjunto de exigências e uma ordem do juízo na apreciação de tais elementos.

¹ Deve-se, sobretudo, à teoria germânica desde o princípio do século XX uma grande teorização dos critérios que permitem a qualificação de um facto como crime. A teoria germânica desenvolveu a orientação secular do pensamento jurídico europeu que se ocupou de definir as características comuns a todos os crimes, as quais permitiriam uma imputação jurídica segundo um método uniforme relativamente a todos os crimes. Na fase mais madura desse processo, chegou-se à ideia de que a natureza da ação, a ilicitude do facto e a culpa do agente seriam os critérios que permitiriam a qualificação de um facto como crime. O crime seria uma ação ilícita e culposa. A estas qualidades veio adicionar-se a tipicidade – isto é, a adequação do facto concreto ao tipo legal de crime ou, como por vezes se diz, o preenchimento de um tipo legal de crime. O crime seria, assim, uma ação típica, ilícita, culposa e punível (sobre a evolução histórica da teoria do crime, cf. SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930/32, reimpr., 1973).

Analisemos, sucintamente, os elementos dessa definição, prescindindo de percorrer com todo o pormenor as teorias que se confrontaram no passado acerca da construção do crime.

3. Em primeiro lugar, o crime é necessariamente um facto e não apenas uma atitude, um estado de espírito ou uma intenção. O crime é um facto porque tem de exhibir primariamente uma objetividade indiscutível, uma tradução no mundo exterior sobre a qual seja exercível um juízo afirmativo de verdade, de certeza. Esta exigência já decorre dos princípios do Direito Penal. A legalidade e a reserva de lei, por exemplo, seriam esvaziadas de conteúdo se não se referissem à definição de factos objetivos como crimes. Para um Direito Penal da atitude, que conceda ao juiz a possibilidade de determinar as infrações na base de comportamentos subjetivos dos agentes, a proibição de retroatividade da lei penal, por exemplo, não atingirá um suficiente efeito garantístico, porque uma tal lei penal, apesar de ser anterior ao comportamento do agente, não indicará com rigor objetivo os critérios da ação que os agentes deverão evitar e, consequentemente, os critérios que o julgador observará posteriormente.

Da necessidade de o crime consubstanciar um facto objetivado resultam consequências quanto às modalidades exigidas no comportamento que viola, efetivamente, a norma penal, tal como a necessidade de se ter atingido uma certa fase ou grau de desenvolvimento da conduta infratora. É, assim, necessário que uma ação de uma certa espécie tenha ultrapassado uma fase meramente interna ou de preparação, tenha atingido uma certa realização ainda que incompleta – aquilo que o artigo 22º do Código Penal designa como atos de execução, isto é, a fase de tentativa. Deste modo, comprar uma arma para matar alguém ainda não é matar, mas apontar a arma na direção da cabeça da vítima já será uma tentativa de homicídio.

Esta garantia de objetividade do facto implica, igualmente, que comportamentos perigosos, mas pré-delitivos, não admitam legítima defesa por não consubstanciarem agressões ilícitas (artigo

32º do Código Penal) e não configurem sequer flagrante delito nos termos do artigo 256º do Código de Processo Penal. Mas os problemas desse tipo são desenvolvimentos da questão que centralmente nos ocupa – a qualidade de facto objetivo do crime.

4. Em segundo lugar, o crime é necessariamente uma ação, no sentido de um comportamento voluntário, dominado ou dominável pela vontade. Assim, por exemplo, não será matar, certamente, o disparo de uma arma contra uma pessoa devido a um choque elétrico que produziu no agente um ato reflexo.

Que o facto seja uma ação implica, já, uma certa compreensão do próprio sentido da voluntariedade do comportamento. Os autores têm-se dividido. Para alguns, os que pertenciam à escola clássica ou causalista², teorizada no princípio do século por VON LISZT e BELING, bastava a voluntariedade formal do comportamento, independentemente de a vontade se dirigir à espécie de ação desenhada legalmente. O conteúdo da vontade ou o seu objeto concreto era questão a ser valorada ulteriormente e não impediria a verificação da condição primeira da qualificação de um facto humano como crime, isto é, a qualidade de ação do facto.

Para outra linha de pensamento³, o conteúdo da vontade era essencial para a identificação da ação. Assim, não teria sentido qualificar um comportamento como ação num homicídio só porque tal comportamento foi comandado pelo sujeito num mero sentido fisiológico, quando, na perspectiva dos fins, a vontade se dirigiu exclusivamente a um outro fim, como, por exemplo, atingir um animal (no caso de erro em que o caçador confunde o vulto sobre que dispara com um animal, sendo aquele na verdade uma pessoa).

² A escola de VON LISZT e BELING foi designada como causal-naturalista. Sobre o pensamento das diferentes escolas quanto à definição de crime, cf. JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 195-215.

³ É nitidamente assim para o pensamento finalista de WELZEL, H., cf. *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969.

Em ambas as posições, todavia, a verificação de um comportamento voluntário é um primeiro momento da qualificação de um facto como crime. Tanto a escola clássica, de VON LISZT e BELING, como a escola finalista, de WELZEL, que correspondem a estas duas posições, propõem como condição primeira da qualificação de um facto como crime a sua natureza de comportamento voluntário exteriorizado.

A diferença essencial entre as duas construções referidas consiste, porém, como se disse, na compreensão da vontade e do conceito de voluntário significativos para o Direito Penal. Para a primeira escola, a vontade compreende-se como causa de movimentos corpóreos numa perspetiva naturalística. Para a segunda escola, a vontade é uma especificidade do comportamento humano, correspondendo à condução (ou condutibilidade) para fins ou objetivos concretos previamente selecionados.

A principal consequência desta diversidade de definições de vontade e de ação são as características necessárias para a verificação, no primeiro momento, do juízo que decide sobre a verificação de um crime.

Para a escola causalista, o primeiro juízo de verificação do facto bastava-se com uma constatação mínima de voluntariedade; para a escola finalista, era, desde logo, exigida uma ação final (real ou potencial).

Mas para além destas divergências sobre o objeto do primeiro juízo, isto é, sobre a base da qualificação de um facto como crime, verificar-se-á já uma divergência mais profunda sempre que se venha a entender que não é necessário autonomizar esse primeiro momento ou, então, que esse primeiro momento não é a constatação de factos (através de um juízo descritivo, ainda não valorativo) mas já um juízo valorativo sobre o sentido social de um acontecimento, próximo de um juízo de ilicitude.

Quem tender a atribuir menor relevância ao requisito da ação poderá aceitar, mais facilmente, uma responsabilidade criminal a partir do ficcionamento de comportamentos ou generalizar como base do comportamento criminoso a mera violação de deveres de conduta. Se o sentido social, o significado desvalioso do acontecimento for um critério absorvente da própria objetividade do facto (e do requisito da verificação de uma ação) será possível equiparar generalizadamente ações e omissões e admitir como relevantes comportamentos de duvidosa voluntariedade, como os automáticos ou inconscientes.

Esta rutura com a relevância de uma ação factual, de base naturalística, no Direito Penal, sobrepondo-se a ela o significado social de um comportamento, está associada a concepções que prescindem, na realidade, da ação como elemento da definição do crime (concepção bipartida do crime). Para tais concepções, a questão prioritária na definição do crime é a correspondência entre o significado do facto e a negação dos valores que a norma penal visa proteger.

As várias concepções de ação social favoreceram, precisamente, a rutura com a exigência de ação propugnada pelas escolas clássica e finalista, na medida em que procuravam uma significação social das condutas em função das condutas valoradas negativamente pelas normas penais. Assim, para tais concepções, o problema de base é saber, por exemplo, se uma certa conduta tem as características negativas de uma ofensa corporal e não tanto saber se se verifica o grau de exterioridade e domínio de vontade suficientes para uma qualificação como ação em geral de um certo comportamento.

Esta divergência reflete-se, conseqüentemente, na alternativa entre a tripartição e a bipartição na construção do crime. Quem autonomize a ação em si mesma será conduzido a autonomizar um momento de juízo de pura constatação fáctica de que se está perante uma conduta voluntária no caso concreto, independentemente da sua identidade como tipo de ação, e a condicionar pelas características da ação os restantes juízos de valor sobre o facto. E, nessa perspetiva, também a ilicitude será condicionada pela vontade da ação

relativamente ao dever jurídico, não se reduzindo à puramente objetiva lesão de bens, direitos ou interesses.

5. Mas então o que significa exigir a integração da ação na definição do crime como seu elemento?

Afirmar que o crime é uma ação significa, antes de mais, que a qualificação de um facto como crime pressupõe um certo grau de objetividade – a objetividade da concretização de uma vontade no mundo das relações humanas – e que essa objetividade não pode ser ficcionada pela lei ou pelo valor que se queira atribuir aos factos. O crime depende, assim, de um juízo de valoração, mas tal valoração não é, em si mesma, criadora do objeto sobre que incide como acontecimento definido no mundo das relações sociais, pressupondo antes a existência desse objeto e uma sua apetência para ser valorado.

A ação como elemento do crime tem, deste modo, um valor garantístico, porque a prova no processo penal incide sobre um tipo de acontecimento cujo conhecimento e identificação não está dependente de valorações, o qual pode ser discutido através de critérios de racionalidade não especificamente jurídicos (os conhecimentos empíricos sobre as relações de causalidade são relevantes por exemplo) e tem um valor de articulação dos conceitos e valorações do Direito com a estrutura da realidade (valor de articulação do ser com o dever ser). Assim, por exemplo, a intenção ou o dolo de uma ação não será matéria de culpa, isto é, de censurabilidade social, sem ter sido, antes, objeto da constatação de factos à luz de critérios não valorativos de interpretação da realidade.

A ação tem, também, devido ao anterior pressuposto, uma função sistemática na definição do crime. O próprio juízo de ilicitude, isto é, de contrariedade ao Direito, não pode ser concebido apenas como lesão de bens jurídicos (momento objetivo da ação), mas tem de incluir um momento de contrariedade da vontade da ação (momento subjetivo da ação) ao dever jurídico emanado da norma. E a própria culpa pressupõe a censurabilidade do comportamento previamente

à censurabilidade da personalidade do agente. Só é culpa da pessoa na medida em que seja referida a um facto censurável.

Finalmente, não pode deixar de se assinalar à ação uma função negativa ou delimitativa, pela qual se excluem do crime comportamentos praticados sob coação física – *vis absoluta* –, atos reflexos e, por vezes, certos comportamentos inconscientes e automáticos. Esta função negativa seria absorvida pela compreensão do alcance à luz das finalidades do sistema do âmbito das normas incriminadoras.

6. Mas, afinal, o que é uma ação para efeitos de responsabilidade penal? Sê-lo-á, apenas, o elemento externo e objetivo de um comportamento voluntário, como pretendiam os adeptos da teoria clássica, ou é antes de mais um comportamento que projeta a pessoa que o realiza de um outro modo? É um dado empírico observável ou é uma realidade que tem esse significado para o seu autor?

a) Neste ponto, surgiu, como já se referiu, uma das mais acesas disputas entre escolas de pensamento, entre os causalistas e os finalistas.

Para os adeptos da chamada teoria da ação causal, a ação não era mais do que uma expressão corporal associada a uma modificação do mundo exterior comandada pela vontade. Isso bastava para consubstanciar a objetividade de que depende a qualificação do facto como crime. Para a teoria finalista, o retrato estrutural da ação que a teoria causalista pretendia traçar era insuficiente pois não integrava o momento de direção da vontade pelo agente e da orientação para um fim de um comportamento (a sobredeterminação de meios causais pelo agente para a obtenção de um certo resultado). A ação humana era, por conseguinte, necessariamente, ação final e os elementos subjetivos estavam indissociavelmente associados à sua descrição objetiva.

WELZEL, porém, não entendia a finalidade como um conteúdo espiritual, de significação, mas sobretudo como uma orientação implícita do comportamento exterior pela vontade. Assim, o momento ontológico em que se baseava a valoração jurídica não era uma estrutura objetiva no sentido de uma mera modificação objetiva do mundo exterior, mas um processo orientado (conduzido ou condutível) para a modificação do mundo exterior.

Tanto WELZEL, finalista, como os adeptos da teoria da ação causal bastavam-se, porém, com uma estrutura (meramente objetiva ou, no caso de WELZEL, subjetiva-objetiva) comportamental, independente da significação no mundo social, como base das valorações da ilicitude e da culpa.

A discussão filosófica (envolvente desta discussão do pensamento jurídico) sobre a ação andou, sobretudo, associada à teoria da vontade, pretendendo-se sempre identificar na ação as características do comportamento voluntário. E, com efeito, a especificidade do comportamento voluntário surge, fundamentalmente, associada à possibilidade (capacidade) de escolha entre alternativas e de configuração do comportamento como a realização de projetos. Mas esta configuração não é tanto um dado empírico que marque os comportamentos, numa perspetiva de ciência da natureza, mas o produto da compreensão da pessoa, do seu modo de entender o comportamento próprio e alheio. O finalismo, embora tenha podido identificar uma característica estrutural da especificidade da ação humana, concebeu-a quase sempre como uma estrutura, uma espécie de forma, um esquema cibernético de relação entre o agente e o meio, não dando cabalmente conta do que significa a vontade humana na compreensão dos atos de cada pessoa. Não poderia, assim, fazer de um esqueleto de ação humana a expressão objetiva de um comportamento voluntário. A compreensão do que seja efetivamente uma expressão objetiva de vontade suscetível de ser a base de imputação de responsabilidade penal há de exigir mais do que a finalidade formal, há de exigir um conteúdo suscetível de ser compreendido pelo próprio agente como uma sua decisão,

um seu projeto para si e para qualquer pessoa ou, pelo menos, aquele algo que o agente poderia ter evitado de acordo com dados sociais e culturais⁴.

b) É claro que as ações intencionais exprimem, em princípio, mais complexamente, os comportamentos voluntários, porque correspondem à realização de projetos e a uma articulação entre os motivos e os fins, embora isso não signifique que os comportamentos intencionais não possam conter um certo grau de automaticidade. A intenção não significa, necessariamente, um projeto mental vivido antes de qualquer exteriorização, mas o sentido contextual de um certo comportamento. Escrever à máquina, conduzir um automóvel ou tocar piano são comportamentos intencionais que realizam projetos dos seus agentes, mas estão envolvidos num grande grau de automaticidade. Todavia, diferem dos comportamentos instintivos ou de adaptação às resistências do meio que caracterizam a atividade animal e que também são finais⁶. Os primeiros, apesar de automáticos são a expressão de um significado especificamente humano, de realização de projetos ou de uma decisão.

Os chamados comportamentos negligentes (artigo 15º do Código Penal), por outro lado, não revelam um projeto do sujeito, mas assumem-se como desvios indesejados de uma direção inicial. Ainda são, porém, comportamentos voluntários na medida em que poderiam ser evitados pelos seus autores se estes tivessem tido uma certa decisão de agir no controlo das consequências das suas ações.

⁴ Acerca do conceito de evitabilidade como característica essencial da ação, cf. JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, p. 136 e ss..

⁵ Sobre um conceito de ação que ultrapassa a identificação de uma mera realidade empírica, contraponível ao sujeito como puro objeto empírico, mas que envolve, antes, a compreensão íntima da ação humana pelo próprio sujeito, cf. RICOEUR, P., *Philosophie de la Volonté, Le volontaire et l'involontaire*, 1950, reed., 1988, p. 45 e ss..

⁶ Sobre os comportamentos automáticos, como expressão de finalidade inconsciente, cf. STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 2011, p. 57.

A evitabilidade é, com efeito, o limiar inferior da voluntariedade, ao exprimir um momento mínimo de escolha entre alternativas da ação.

A construção finalista reconduz a negligência a uma finalidade potencial, isto é, à que poderia ter existido no sentido de evitar o resultado criminoso. Exprime, também, a objetiva realidade de um momento de controlo sobre os atos que justifica que o comportamento negligente ainda seja base da responsabilidade penal.

7. Se o crime é uma ação, as omissões não podem ser crimes?

Com efeito, há omissões criminosas segundo o artigo 10º do Código Penal e, de um modo geral, as ordens jurídicas reconhecem os crimes omissivos. Será sustentável considerar os crimes omissivos como ações?

As teorias causalista e finalista tiveram muita dificuldade em enquadrar a omissão, pois nela falta todo o momento exterior e causal que define para aquelas perspectivas a ação. Todavia, a teoria finalista admitia que a omissão não seria um ente puramente normativo, dependente da violação de um dever de agir, apelando à finalidade potencial. WELZEL viria a concluir que ações reais e possíveis são iguais na respetiva dignidade ontológica sendo a possibilidade efetiva de ação (concordante com o Direito) o momento pré-valorativo e objetivo em que se apoiaria o crime omissivo, para além da violação do dever. Mas é verdade que o dever jurídico é pressuposto necessário da relevância da omissão e é a sua imposição que permite identificar a possibilidade de ação. Esta dimensão específica da omissão impõe que ela só possa ser equiparada à ação onde o dever de ação for determinado por uma relação de domínio ou de responsabilidade social institucionalmente indiscutível com o bem jurídico.

Se *A* não trava a tempo o automóvel e atropela *B*, será indiferente designar este comportamento como ação ou omissão para efeitos da sua relevância penal, embora ele tenha características omissivas, porque o agente é responsável pela conformação e

controlo da sua esfera de domínio da realidade. Aí, há uma natural equiparação da omissão à ação, permitindo fundi-las no conteúdo da norma proibitiva. Mas, noutras situações, a equiparação depende, essencialmente, de uma opção legislativa prévia relativamente à definição de esferas de responsabilidade institucional, na família, na empresa ou em instituições sociais, por exemplo.

8. O crime também é uma ação típica. O que significa a atribuição de tipicidade?

a) O papel da tipicidade é central e comanda a ordem das valorações. A ilicitude e a culpa são necessariamente enquadradas pela tipicidade.

Para BELING, o autor alemão que no princípio do século teorizou a tipicidade (*tatbestandmässigkeit*) como um verdadeiro elemento do conceito de crime e um juízo autónomo, o crime seria, antes de mais, o facto (ação) análogo ou correspondente ao facto descrito na norma, que se valorou como ilícito (contrário ao Direito) e culposos (censurável ao seu autor). A tipicidade seria, pois, uma qualificação do facto criminoso, ainda não valorativa, mas tão-só lógica e classificatória.

Este momento da tipicidade, autónomo da ilicitude para BELING, numa primeira fase do seu pensamento, consistia numa verificação da correspondência do aspeto externo-objetivo do facto à lei. Mas o tipo era também descritivo, de modo que a constatação da adequação do facto à lei era um mero juízo de facto sem ponderação valorativa. No caso mais claro do homicídio, por exemplo, a tipicidade consistiria na correspondência ao tipo de homicídio do facto externo e objetivo pelo qual se poderia descrever a ação de matar.

A esta fase seguia-se, para BELING, a verificação da antijuridicidade ou da ilicitude do facto típico, isto é, a constatação da contrariedade do facto à ordem jurídica no seu conjunto, nomeadamente por não existirem causas de justificação. A antijuridicidade correspondia

ao momento normativo da afirmação da ilicitude do facto. E, finalmente, surgiria a culpa, em que se valorariam os momentos subjetivos do facto, a relação de voluntariedade psicológica do autor com o facto.

Em resumo, esta definição de crime da escola clássica considerava o crime como um comportamento externo-objetivo, que fosse adequado à descrição do facto na lei penal, relativamente ao qual não existisse qualquer norma permissiva e em que o agente tivesse vontade, num sentido psicológico, de realizar o facto. A tipicidade era, assim, elemento do crime, a par da ilicitude e da culpa. O tipo era descritivo e objetivo, a ilicitude era um juízo normativo e objetivo e a culpa era um juízo descritivo sobre acontecimentos subjetivos.

O esquema de BELING refletia a teoria das normas de BINDING – a distinção entre norma jurídica e lei penal propugnada por aquele autor. A lei penal para BINDING não seria verdadeiramente uma norma mas a mera sanção de normas contidas noutros setores do ordenamento jurídico. A ilicitude penal, embora se aferisse pela lei penal, resultaria da violação dessas outras normas, assumindo um caráter secundário e sancionatório.

BELING, por isso, não identificava o tipo legal com a norma e referia a norma, que não se preocupava em identificar, como um elemento formulado ou implícito do ordenamento jurídico geral.

Numa segunda fase do seu pensamento, porém, BELING reconheceria que a tipicidade não era uma valoração ou uma qualidade do facto criminoso⁷, mas apenas um enquadramento ou

⁷ A teoria de BELING foi modificada pelo próprio, que, num opúsculo de 1930 (*Die Lehre vom Tatbestand*), veio admitir que o tipo seria um quadro legal, um tipo de delito, uma figura delitiva que condicionaria a análise da própria culpa. A tipicidade seria uma espécie de antecipação das qualidades que efetivamente definiriam o crime. O tipo já não seria só objetivo, mas também conteria o aspeto subjetivo do crime, antecipando a valoração da culpa, mas seria sempre uma figura condicionante das valorações do crime – uma espécie de antecipação global das valorações, que já não teria de constituir um elemento absolutamente autónomo, independente e antecipado do crime, mas que condicionaria a afirmação da ilicitude e

delimitação da ilicitude. O tipo passou, então, a ser visto como a necessária referência de ilicitude (contrariedade ao Direito), o *Leitbildtatbestand*, isto é, um quadro legal da descrição do facto. Mas, em rigor, a tipicidade não seria um *quid* autónomo das valorações de ilicitude e culpa. Seria, apenas, o seu enquadramento, a sua concretização antecipada.

b) Esta evolução do pensamento de BELING esteve associada à distinção entre a figura do tipo indiciador de ilicitude e a do tipo como *ratio essendi* da ilicitude ou tipo de ilícito. A ideia do tipo indiciador corresponde à consideração de que a tarefa de enquadramento do facto concreto no facto legal, num plano lógico, é o primeiro momento da qualificação do facto como crime, não produzindo verdadeiros juízos de valor. Só num segundo momento é que se avaliaria a contrariedade com a ordem jurídica – a ilicitude. A tipicidade seria apenas a verificação de um indício de crime.

A ideia de um tipo de ilícito concebe a tipicidade com um outro papel. A tipicidade passa a ser não apenas o indício, mas a fonte da antinormatividade e, por isso, fundamentaria por si a ilicitude do facto.

Assim, se para a doutrina do tipo indiciador a tipicidade seria apenas um primeiro passo a que se seguiria um processo lógico de confirmação do indício de ilicitude, para a segunda doutrina, a tipicidade seria o princípio e o fim do juízo valorativo. A afirmação da tipicidade corresponderia, necessariamente, à afirmação de ilicitude típica, através do competente juízo valorativo⁸.

da culpa. De qualquer modo, mesmo esta última concepção de BELING implica uma concepção de tipo indiciador.

⁸ CAVALEIRO DE FERREIRA, nos anos trinta, criticou profundamente a ideia de BELING, expressa em *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), de atribuir à tipicidade o carácter de uma verdadeira qualidade do facto. A tipicidade não seria mais do que o instrumento de averiguação da ilicitude ("o tipo não é verdadeiramente uma realidade substancial, mas a forma da sua tradução no preceito legal") – cf. FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *A Tipicidade na Técnica do Direito Penal*, 1935, pp. 65 e ss. e 87.

c) Que sentido tem toda esta discussão sobre a tipicidade? O que levou os autores a dedicarem tantas páginas ao assunto?

Esta discussão sobre a tipicidade resulta, sem dúvida, de se ter concluído que um traço geral comum à qualificação de qualquer facto como crime é a verificação de uma congruência imprescindível entre o facto descrito legalmente e o facto concreto⁹. Mas, para uns autores, essa congruência é um momento do juízo global, instrumental do juízo de ilicitude, e para outros é o próprio juízo de ilicitude.

O interesse da primeira perspectiva avançada por BELING foi deslocar para um plano analítico esse momento e atribuir-lhe uma natureza lógica específica. BELING pretendia, com efeito, alcançar um método objetivo e rigoroso pelo qual o juiz definisse o carácter criminoso do facto concreto, um método científico próximo do utilizado pelas ciências naturais, sendo a tipicidade o conceito que servia esta finalidade.

A discussão entre os autores gerou-se em torno da impossibilidade de prescindir, na configuração da tipicidade, de juízos de valor. Os autores neoclássicos, que defenderam a concepção de um tipo de ilícito, consideravam que o tipo legal não seria mais do que uma valoração de comportamentos lesivos de bens jurídicos e que seria através da descoberta dessas valorações que se atingiria o resultado final da qualificação jurídica do facto. Tais autores pretendiam mesmo negar qualquer momento de puro juízo de facto na qualificação jurídica e remeter todo o juízo sobre o carácter

⁹ Assim, se A, deputado, desdobrou uma viagem para com o remanescente levar um familiar consigo, não é apenas relevante saber se houve um comportamento voluntário, causal e lesivo do Estado, mas se aquele comportamento corresponde à descrição do artigo 217º do Código Penal. A questão da voluntariedade ou da causalidade não está desligada da identificação do facto como um facto de certo tipo, mas insere-se nessa identificação. Por exemplo, a existência nesse caso de um prejuízo patrimonial para o Estado e da sua provocação causal pelo desdobramento da viagem. Este momento de congruência entre o facto concreto e a descrição normativa é imprescindível.

criminoso do facto para uma valoração da contrariedade à norma legal¹⁰.

d) Mas quem tinha razão nesta divergência?

A tipicidade não é, seguramente, um puro produto de juízos de facto, sem qualquer momento valorativo. Assim, mesmo no juízo sobre se *A* matou *B* já se contém ponderações várias sobre se o domínio por *A* do seu facto é suficientemente relevante para lhe imputar a morte de *B*. A tipicidade já contém um momento de imputação que pressupõe uma avaliação comparativa do sentido do facto legal e do facto concreto.

Mas também é verdade que a tipicidade não pode ser utilizada apenas como produto de uma valoração em concreto. Há momentos da verificação da realização de um facto correspondente ao descrito na norma que se baseiam em critérios de valoração comum dos atos e de identificação social da ação ou em certos casos no próprio conhecimento científico disponível e que não se consomem na pura valoração jurídica. Por isso, deve haver um primeiro momento, na qualificação de um facto como crime, em que se averigua a própria possibilidade de uma ulterior imputação. Afirmar a tipicidade não deve, assim, ser o mesmo que imputar definitivamente, mas verificar simplesmente os pressupostos lógicos e fácticos de uma

¹⁰ O desenvolvimento do pensamento germânico consistiu em anular a relação de autonomia entre a tipicidade e a ilicitude. Assim, os autores neoclássicos reduziram a ilicitude à tipicidade – o tipo era visto como *ratio essendi* da ilicitude –, o que, na realidade, era uma pura decorrência do formalismo da teoria da ilicitude. Esta evolução assentou em dois aspetos: na constatação prática de que os tipos não são descritivos, mesmo quando integram elementos meramente descritivos, pois o juízo sobre o elemento ultrapassa a natureza do elemento, é interpretativo e valorativo (por exemplo, os elementos típicos pessoa, veículo, matar e aqueles outros que contêm efetivamente elementos normativos como coisa alheia, coação, pudor); e na constatação teórica de que a tipicidade seria a individualização da ilicitude. Estaríamos, assim, perante uma construção do crime como facto ilícito e culposo típico. O tipo seria normativo e o juízo de tipicidade não se autonomizaria do juízo de ilicitude.

possível (e ulterior) imputação, realizando uma leitura social do facto (num sentido global) e analisando a sua coincidência lógica e social com o facto descrito na norma.

Porém, esta afirmação parece transcender uma relação de tipicidade com a matéria da ilicitude, para referir o tipo a todos os outros elementos do crime. Apesar disso, ela é especialmente determinante na indicição da ilicitude. Assim, quando se fala de tipo indiciador também se tem ainda geralmente em vista a indicição do ilícito do facto¹¹, isto é, um momento de antecipação (provisória) do facto proibido, do ilícito penalmente relevante.

Questão muito debatida na doutrina, dividindo ainda clássicos e neoclássicos, foi a de saber se as causas de justificação seriam verdadeiros elementos negativos do tipo ou antes elementos que apenas excluiriam a ilicitude apesar de se ter verificado plenamente a tipicidade. Todavia, a consideração das causas de justificação como elementos negativos do tipo, fundindo a afirmação da ilicitude típica com a sua exclusão, não é aceitável por razões valorativas e sistemáticas. A afirmação da ilicitude típica é, necessariamente, o reconhecimento da valoração negativa de uma ação e do seu resultado ante um bem jurídico protegido. É a constatação da violação de uma norma de valoração e proteção de um bem. A exclusão da ilicitude por uma causa de justificação é uma valoração positiva excecional do facto ou pelo menos a afirmação de um contra-valor neutralizante da violação da norma ou valoração. Há, por isso, uma dimensão de conflito de valores e um juízo de prevalência de um valor determinado sobre o que o bem jurídico protegido pela proibição penal encarna.

¹¹ O chamado tipo de garantia refere-se, antes, a todos os pressupostos da punição que têm de estar fixados na lei penal. Todavia, o tipo de garantia não tem qualquer função na definição de crime, isto é, não é um momento da determinação da imputação do facto. Sobre a definição do tipo de ilícito e do tipo de garantia, cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 73 e ss..

Dogmaticamente, a consideração das causas de justificação como elementos negativos do tipo levaria a resultados inaceitáveis, tais como a verificação do dolo do agente (tipo subjetivo) ter de se referir à ausência de causas de justificação ou a exclusão do dolo no caso de erro sobre a existência e limites das causas de justificação¹².

9. a) O crime é um facto típico e ilícito.

A ilicitude é a contrariedade ao Direito do facto. Não é a mesma coisa que a tipicidade. A tipicidade significa sempre a comparação de um facto concreto com um facto abstrato e, nesse sentido, é afirmativa – alguém matou ou furtou, isto é, esse facto verificou-se; a ilicitude exprime, antes, uma contradição, uma negação de algo tido como um valor pelo Direito; é, por isso, um juízo de desvalor que encerra uma dimensão negativa – o facto concreto de alguém ter produzido a morte de outrem é proibido.

A diferença entre tipicidade e ilicitude dependia, na escola clássica, de BELING, claramente, do parâmetro pelo qual o facto era aferido: na ilicitude tratava-se de toda a ordem jurídica; na tipicidade era apenas o tipo legal de crime que se contrapunha ao acontecimento concreto. Assim, o facto de *A* disparar sobre *B* não contraditaria o tipo, mas a fonte normativa que aquele indicaria, a qual corresponderia à proibição de matar nos casos em que tal não fosse excecionalmente permitido. Na perspectiva neoclássica, o facto seria ilícito por estar em contradição com a própria proibição penal que se deduzia do tipo legal do homicídio. A ilicitude, no primeiro caso, seria um juízo que implicaria uma avaliação do confronto do facto com todas as proibições e permissões que o mesmo suscitaria. Na segunda perspectiva, seria o tipo legal que fundamentaria, por si, toda a afirmação de valor possível sobre o facto. A distinção entre estas duas ideias de ilicitude não

¹² Cf., desenvolvidamente, sobre este ponto a minha dissertação de doutoramento, *Justificação por legítima defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, 2º vol., 1990, p. 698 e ss. (notas 3 a 7).

é, porém, necessariamente, uma distinção entre conteúdos da ilicitude, mas refere-se, em primeiro lugar, ao método que subjaz à aplicação do Direito Penal. Quando se postula que o facto ilícito é o que contradiz a ordem jurídica, não atribuindo à tipicidade mais do que o papel de um indício dessa contradição, pretende-se diferenciar dois momentos lógicos, uma fase pré-valorativa de constatação da verificação do facto típico e uma fase valorativa posterior. Quando se concebe que o tipo é a *ratio essendi* da ilicitude, como os neoclássicos, pretende-se decidir logo no juízo de tipicidade se foram negados os valores que o Direito visa proteger no caso, como, por exemplo, se o facto de *A* disparar sobre *B* para se defender de uma agressão não será verdadeiramente típico porque causas de justificação, como, por exemplo, a legítima defesa, absorveriam o desvalor da lesão da vida.

Por outro lado, embora se possa chegar geralmente ao mesmo resultado quanto à responsabilidade penal, os dois métodos revelariam, também, uma diferente posição do Direito Penal na Ordem Jurídica. A teoria clássica da ilicitude era adequada ao carácter secundário e sancionatório do Direito Penal inerente à teoria das normas de BINDING¹³; a teoria neoclássica, com o seu normativismo penal, era a expressão de valorações específicas do legislador penal na incriminação das condutas e de uma justificação autónoma das normas penais.

b) Não tem sentido, atualmente, tomar posição acerca daquela luta de escolas, na base do conceito de ilicitude. Não se deve hoje, em rigor, ser clássico, finalista ou neoclássico quanto aos conceitos de tipicidade ou de ilicitude, antes de se tomar posição sobre cada uma das consequências metodológicas destas escolas e dificilmente se chegará a aceitar todos os pressupostos e consequências de cada escola. Tais escolas pretendiam, com efeito, impor uma dedução

¹³ Afirmada por BINDING, K., em *Die Normen und ihre Übertretung*, I (1872), 4ª ed., 1927.

sistemática na definição de crime a partir dos seus pressupostos lógicos, o que é pouco sustentável como método de análise conducente à determinação da responsabilidade criminal.

Assim, por exemplo, é correto separar o tipo indiciador da ilicitude, enquanto método de separação lógica do objeto da valoração – o facto típico – da valoração do objeto – a valoração como ilícito do facto. Mas isso não implicará aceitar um carácter secundário do Direito Penal nem terá de impedir o intérprete de extrair do tipo legal de crime a norma de ilicitude que lhe subjaz (ou, como refere FIGUEIREDO DIAS, que o tipo concretiza¹⁴), isto é, a especial razão pela qual um certo facto é proibido pelo Direito Penal.

A ideia de um tipo indiciador é, por isso, associável a uma autêntica e originária ilicitude penal, em que sejam identificáveis razões específicas para a proibição que não resultam automaticamente do reconhecimento do valor do bem jurídico em geral para o Direito (por exemplo, o ambiente) ou até do reconhecimento pelo Direito de um direito fundamental. Assim, nem todas as violações de direitos fundamentais ou de bens fundamentais terão de ser crimes sem que uma especial necessidade o imponha, nem haverá, em geral, incriminações obrigatórias que resultem da ordem constitucional sem que os fins do Direito Penal as reclamem¹⁵.

c) A ilicitude do facto, porém, não é apenas uma incompatibilidade lógico-formal (ilicitude formal) com a ordem jurídica mas uma incompatibilidade plena de conteúdo, isto é, lesão de bens jurídicos, produção de danosidade social não compensada pela preservação de outros valores (compensação que já aconteceria nos casos de causas de justificação), e incompatibilidade entre um facto e

¹⁴ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, em *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, 2ª ed., 1978, p. 93 e ss. e “Sobre o estado actual da doutrina do crime”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano I, 1991 (1ª parte), p. 40 e ss..

¹⁵ Neste último sentido, cf. ROXIN, C., em *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre)*, 4ª ed., 2006, p. 20 e ss..

uma proibição jurídica (ilicitude material na dupla dimensão de desvalor da ação e do resultado).

A ilicitude é, assim, um juízo que implica a afirmação do desvalor da ação e do resultado do facto. E tal desvalor não é apenas lógico-formal, tem um conteúdo graduável, admite variações de gravidade, consoante a importância do bem jurídico lesado e a gravidade da contradição da vontade com o Direito.

O facto, como se referiu, é bidimensionado, constituído pela sua expressão objetiva-material e pela sua subjetividade. Também a contradição com o Direito há de englobar aquela bidimensionalidade. Será, então, contradição objetiva-subjetiva com uma norma ou um conjunto de normas que ditam o que é proibido em face do caso concreto.

A afirmação da ilicitude do facto, por isso, depende do desvalor da ação e do desvalor do resultado¹⁶. O que é o ilícito é, portanto, o facto concreto contrário ao dever emanado das proibições legais (facto doloso ou negligente que viola, por exemplo, o dever de respeitar a proibição de furtar), cujas consequências produzem os efeitos que o Direito Penal pretende evitar (resultado típico e lesão do bem jurídico, tal como a perturbação concreta das esferas jurídicas associada à violação do direito de propriedade no caso de furto).

10. À ilicitude do facto acresce a necessidade de culpabilidade: o facto típico e ilícito tem de ser realizado com culpa pelo agente para ser um crime. Poderá não ser crime ainda o disparar produzindo a morte de uma pessoa sem qualquer causa de justificação do facto (isto é, sem qualquer circunstância que o torne permitido ou pura e simplesmente não proibido, como a legítima defesa ou o direito de necessidade) se, por exemplo, o agente tiver disparado

¹⁶ Poder-se-ia dizer que a desobediência e a danosidade se teriam de combinar. Porém, o desvalor da ação não é desobediência a uma ordem, mas violação “voluntária” de uma proibição ou de um imperativo.

sobre uma pessoa sob a ameaça de que um filho seu, raptado, será morto. Este agente não tem certamente o direito de o fazer, mas pode concluir-se que não é possível uma censura de culpa se lhe não for, no caso concreto, exigível outro comportamento dada a gravidade da ameaça, a perturbação causada no agente e a eventual impossibilidade de outros meios serem usados para evitar a concretização de tal ameaça (artigo 35º do Código Penal). Também no caso de ser menor de dezasseis anos ou de sofrer de anomalia psíquica (artigos 19º e 20º do Código Penal) o agente não poderá ser considerado como culpado, embora pratique um facto ilícito. Do mesmo modo, se o agente desconhecer a ilicitude do facto que pratica de modo não censurável, porque, por exemplo, é estrangeiro, está temporariamente no nosso país e no seu país o facto é permitido e foi informado erradamente de que o seu comportamento era legal (por exemplo, praticar o aborto até às doze semanas), não existirá crime.

A culpa é, assim, a dimensão da censurabilidade do autor do facto, que não é automaticamente uma decorrência da voluntariedade do mesmo nem da sua ilicitude.

O Direito Penal exige, para que haja culpa, uma certa medida de conhecimento, de capacidade e de liberdade de motivação pela norma, o que há de significar, em última instância, que o facto criminoso seja a expressão do seu autor e não apenas o reflexo incontável das circunstâncias que rodearam a ação do mesmo ou de uma personalidade incapaz de se orientar pelos valores do Direito. Embora a culpa seja um juízo autónomo da ilicitude, não só na sua matéria factual, que há de corresponder à vivência das motivações do autor e do controlo sobre si mesmo, mas também no seu critério como juízo, a afirmação da culpa é fundamentalmente questionada quando se invocam possibilidades da sua ausência. Chegou-se mesmo a admitir que a culpa não seria mais do que um juízo negativo de valor¹⁷, mas, na realidade, não

pode deixar de afirmar-se positivamente a culpa na medida em que ela é, pelo menos, o limite obrigatório da medida concreta da pena¹⁸.

O que está, fundamentalmente, em causa na culpa é a afirmação do necessário controlo da vontade do autor em face da norma penal: a capacidade de motivação pela norma devido a um suficiente conhecimento de que o facto é proibido e a capacidade de inibição da vontade perante o facto ilícito.

11. O crime é ainda necessariamente um facto punível, isto é, depende da punibilidade de um facto típico, ilícito e culposos.

A afirmação da punibilidade corresponde a uma outra filtragem do facto com vista à sua qualificação como crime. Segundo tal filtragem, para que a lei penal se aplique a uma certa categoria de factos é ainda necessário que não se verifiquem algumas circunstâncias erigidas pelo legislador como condições objetivas de punibilidade. Trata-se de factos contextuais que condicionam o interesse punitivo do Estado relativamente a condutas que, pelas suas características intrínsecas, seriam crimes (ilícitos culposos), mas que não é necessário punir. Assim acontece, por exemplo, com a exigência de presença em território português do agente do crime, nos termos do artigo 5º, nº 1, alíneas b) a f), do Código Penal, ou com o reconhecimento judicial de insolvência ou declaração judicial de falência nos crimes de insolvência (artigos 227º e ss. do Código Penal).

A punibilidade neste sentido, enquanto associada a condições de punibilidade previstas num tipo legal de crime, é um momento autónomo e ulterior da qualificação do facto como crime – uma última fase do juízo qualificativo. Porém, à punibilidade também

¹⁸ É a chamada função restritiva da culpa, que ROXIN, assinala (*ob. cit.*, p. 69) e que FIGUEIREDO DIAS parece ver consagrada no artigo 40º do Código Penal Português. Contra, porém, SOUSA E BRITO em voto de vencido sobre o artigo 40º, na Comissão de Revisão do Código Penal de 1982, cf. *Código Penal – Actas e Projectos da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993.

se costuma associar uma função mais profunda, relacionada com uma adaptação ou conformação das categorias da ilicitude e da culpa às exigências político-criminais, nomeadamente à carência efetiva de tutela penal. Neste sentido, a punibilidade seria um juízo sem momento certo na qualificação do facto como crime ou uma qualificação adicional e seletiva das outras qualificações¹⁹.

B – Desenvolvimento: as teorias sobre a definição de crime e a ideia de sistema

1. Esta primeira abordagem da definição do crime sugere-nos que a aplicação da lei penal consiste essencialmente numa qualificação de um facto em função de certas características. Tal é, com efeito, a proposta de um sistema de análise do crime que subjaz à doutrina tradicional, de inspiração germânica nas escolas clássica, finalista e neoclássica. Porém, a decisão dos casos concretos não corresponde apenas a uma técnica e a uma linguagem indiferente a juízos éticos e político-criminais mais gerais sobre responsabilidade, posição que a teoria geral da infração, nas suas piores vulgarizações dogmáticas, permitia.

A teoria clássica (BELING e VON LISZT) defendia um sistema de tipo indiciador, objetivo e descritivo, em que a ilicitude era formal (contradição com as normas que constituíam a ordem jurídica) e objetiva e atribuía à culpa um conteúdo psicológico, consubstanciado no dolo ou na negligência.

¹⁹ Cf., sobre este outro sentido da punibilidade, o que se diz com mais desenvolvimento no meu artigo, “A teoria do crime como teoria da decisão penal”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1999, ano 9, 4, p. 587. Há, porém, uma discussão sobre se a punibilidade seria um juízo antecipado, situado na tipicidade, um juízo final ou, como se referiu, um juízo sem momento determinado mas meramente seletivo e conformador (cf., sobre isto, igualmente, ANDRADE, M. DA COSTA, “Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito”, em DIAS, J. DE FIGUEIREDO/SCHÜNEMANN, B. (org.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, 1995). Cf. ainda PINTO, F. COSTA, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, 2 vol., 2013.

A teoria finalista (WELZEL) mantinha a perspetiva de um tipo indiciador e descritivo, mas incluía nele o momento subjetivo da ação, por força do conceito de ação final que propugnava. Retirava, assim, da culpa o dolo e tornava a culpa um mero juízo normativo de censurabilidade do agente esvaziando-a do objeto factual. A ilicitude era constituída, igualmente, pelo desvalor da ação e do resultado, sendo portanto um juízo normativo, mas também objetivo-subjetivo.

A conceção neoclássica (MEZGER, ENGISCH) defendia o tipo como fundamento do ilícito, mas mantinha o caráter objetivo do mesmo, isto é, não incluía momentos de violação do dever, o dolo ou a negligência, senão em certos casos em que o tipo incluía explicitamente momentos subjetivos, como a exigência de uma especial intenção. As causas de justificação eram elementos negativos do tipo e a culpa tinha uma componente psicológica, contida no dolo ou na negligência, e uma componente normativa – a censurabilidade ético-social do agente.

Com estes esquemas, a preocupação fundamental tornava-se o lugar sistemático das qualidades do facto a ser confrontado com a lei penal, por exemplo, saber se o dolo seria elemento do tipo ou objeto do juízo de culpa; saber se a ilicitude era objetiva ou objetiva-subjetiva, isto é, se nela se analisava já a contradição com uma norma de dever por parte do agente (o que implicaria a análise da capacidade concreta de evitar o facto ilícito) ou apenas a contradição com uma norma que objetivamente valorasse o bem jurídico, protegendo a vida, a propriedade, etc..

2. Assim, as grandes questões colocadas pelos três principais sistemas²⁰ – clássico, neoclássico e finalista – foram, essencialmente, duas: em primeiro lugar, a procura de um elemento predominante

²⁰ Os números 2 a 4 do ponto B e o ponto C seguem de muito perto o que escrevi no meu artigo “Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade portuguesa à actual questão metodológica”, em *Revista Portuguesa de Ciência*

na fundamentação dos critérios e soluções utilizadas na definição do crime (a lei positiva, as estruturas ontológicas do comportamento humano ou as finalidades e valorações essenciais do sistema penal); em segundo lugar, a determinação do conteúdo e da relação das categorias essenciais em que se baseia a responsabilidade criminal (tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade).

A primeira questão suscitou, como refere FIGUEIREDO DIAS, dois modelos superadores – o correspondente à normativização do ontologismo e o correspondente à ontologização do normativismo²¹. A segunda originou um esvaziamento material das categorias, que passaram a poder abranger conteúdos variados (por exemplo, a tipicidade pode compreender ou não o dolo e a culpa pode ter um conteúdo psicológico ou meramente normativo). Em ambos os casos, resultou uma excessiva formalização da teoria do crime e alguma circularidade.

A causa desses formalismo e circularidade foi, sem dúvida, a procura de um ponto a partir do qual a definição do crime se viesse a deduzir “em cascata”, isto é, a procura de um ponto fixo de pensamento para que se pudesse remeter, constantemente, permitindo a solução dos casos implicados na definição do crime. Mas, por causa disso, não só falharia a dedução ontológica finalista (que pretendia justificar, a partir do conceito de ação final como espécie do ser, o conteúdo da tipicidade e as relações entre esta, a ilicitude e a culpa) como também a dedução neoclássica do conteúdo da tipicidade e da culpa a partir de valores últimos do sistema, tais como a retribuição e a censurabilidade social.

Criminal, ano 9, tomo 3, 1999, p. 433 e ss.. Recomenda-se que a uma primeira leitura destes pontos com a finalidade de apreender o essencial sobre a discussão metodológica que a definição do crime pode suscitar se siga uma leitura mais atenta, numa fase em que já tenham sido estudados os passos essenciais da teoria do crime.

²¹ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, “Sobre o estado actual da teoria do crime”, *text. cit.*, 1ª parte, p. 10.

Mas a colocação em causa da função dedutiva do sistema de definição do crime proposta por finalistas e neoclássicos atingiria, inevitavelmente, as próprias construções posteriores, teleológicas ou funcionalistas do sistema penal e da teoria geral da infração. Na realidade, há um ponto a partir do qual é impossível negar o dedutivismo sistemático sem rejeitar todo e qualquer sistema. Se é certo que se deverá evitar um único *topos* argumentativo, uma única lógica sistemática, já parece inultrapassável manter, pelo menos, um sistema aberto, aceitando-se, até, uma imanente e implícita conflitualidade sistemática²².

Por outro lado, o sistema de análise do crime não pode deixar de explicitar o funcionamento concreto da teleologia implícita nem da referência ontológica em que assenta, isto é, só a compreensão do sistema proposto pelo legislador permite a sua crítica ou, pelo menos, o seu confronto com o que funciona praticamente. Por exemplo, a aceitação de uma conceção de culpa orientada para valores ético-sociais não pode evitar confrontar-se com o modo como funciona e se concretiza na prática jurisprudencial dominante, chegando-se, eventualmente, a admitir a sua função estigmatizante. E os limites da ação humana condicionável pelas normas não podem deixar de ser analisados, para se compreender as possibilidades de funcionamento do sistema. O estudo do sistema de análise do crime para servir a construção e o desenvolvimento de uma lógica de determinação da responsabilidade penal tem de permitir a revelação do funcionamento prático dessa lógica, a sua crítica e eventual superação.

Este modo de abordagem evitará as principais questões que opuseram finalistas e neoclássicos. As velhas questões da inclusão do dolo no tipo ou da relevância do erro sobre as causas de justificação poderão deixar de ser resolvidas, segundo uma lógica geral do sistema, a partir de um certo elemento predominante no

²² Isso mesmo parece propor DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *text. cit.*, p. 10.

sistema de natureza ontológica (estrutura da ação) ou valorativa (finalidade retributiva do sistema)?

Na verdade, questões como a inclusão do dolo no tipo ou na culpa perderão muito do seu significado tradicional se se alcançar um consenso acerca da necessidade de basear o juízo de responsabilização pessoal na determinação da conduta violadora do dever jurídico (desvalor da ação). Assim, a inclusão do dolo no tipo não deveria ser compreendida como pura decorrência da natureza do comportamento humano, mas colocar-se, antes, como uma opção relativa às finalidades do juízo de responsabilização penal. A justificação deste juízo pressupõe que toda a valoração negativa de um comportamento depende de um contexto de capacidade de opções da ação humana e social, num sistema justo e responsabilizador.

Também a exigência, no âmbito do crime negligente, de que a conduta típica seja integrada pela violação do dever individual de cuidado há de significar que a censura da pessoa do agente posterior à identificação do facto (o posterior juízo de culpa) não se baseia apenas na mera divergência do comportamento perante a norma (como, por exemplo, quando as regras de cuidado normais não foram seguidas), mas ainda na possibilidade concreta de o agente adequar o seu comportamento às prescrições da norma em face das suas capacidades.

Em suma, a remissão pura e simples para a culpa, como momento de censurabilidade da pessoa (isto é, da atitude ou da personalidade), daquele *quid* que deve ser apurado no plano das possibilidades de ação de um determinado indivíduo, prescindindo de incluir tais momentos na tipicidade, poderá, ilegitimamente, antepor a pura valoração ético-social do comportamento à sua identificação ou definição como ação humana, expressão de opção entre alternativas.

A combinação entre a percepção das finalidades normativas do sistema, do seu funcionamento prático e das possibilidades fácticas do agente imporá certas soluções, independentemente de opções concetuais e sistemáticas.

Ora as questões sistemáticas tradicionais não colocam no primeiro plano opções quanto ao sentido do juízo responsabilizador decorrente da definição de crime, embora as contenham implícitas sob outras vestes, nem articulam muito explicitamente essas opções com as possibilidades fácticas ou sociais do agir. Mas são estas opções e possibilidades que deverão ser colocadas em primeiro plano, considerando as consequências (não só lógicas mas também práticas) do seu funcionamento.

Assim, por exemplo, a inclusão do dolo no tipo de que se tem falado não permite resolver, diferentemente do que se pensou, os problemas do erro nem igualmente o consegue a teoria das causas de justificação como elementos negativos do tipo. Tais construções teóricas apenas são credíveis se revelarem opções quanto às fronteiras da responsabilização criminal, se permitirem obter distinções operantes e de significado perceptível e se se basearem em possibilidades concretas dos destinatários das normas.

Na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS demonstrou claramente, na sua obra *O Problema da Consciência da Ilicitude*, que o erro sobre os pressupostos das causas de justificação (em que o agente representa erradamente que uma condição factual de uma causa de justificação se verifica, por exemplo, *A* representa erradamente que *B* o vai agredir e, por isso, dispara sobre ele para se defender) e o erro sobre a ilicitude do facto (em que o agente desconhece que o facto que pratica é proibido, por exemplo, desconhece que não tem o direito de tirar desforço após o fim de uma agressão de que é vítima) não tinham uma solução cabal a partir da distinção sistemática entre tipicidade e ilicitude e dos diferentes conteúdos atribuíveis ao tipo e ao ilícito, nomeadamente não dependiam da inclusão das causas de justificação no tipo conforme a perspectiva neoclássica ou do dolo no tipo, conforme a perspectiva finalista. Não dependeria, consequentemente, da posição neoclássica ou

finalista a solução a dar a estes erros como causa de exclusão do dolo ou de atenuação da culpa mas apenas do diferente relevo para a censurabilidade pessoal do agente de tais erros em confronto com o erro sobre o tipo²³.

Com esta deslocação para a culpa da sede dos critérios de distinção entre o erro que exclui o dolo (e portanto a tipicidade) e o erro que, se não censurável, apenas pode afetar a culpa, ganham-se, sobretudo, critérios de distinção justificáveis por uma argumentação extra-sistemática – isto é, que são perceptíveis como opção normativa por si, independentemente de quaisquer pressupostos sistemáticos. Com efeito, a colocação de tais erros como imediata questão de culpa impede que a solução jurídica dependa de opções mais abstratas (teorias da ação, por exemplo) acerca da definição de crime.

Mas o que o exemplo buscado em *O Problema da Consciência da Ilicitude* revela é que a teoria geral da infração tem de funcionar com critérios imediatamente aptos para uma justificação aceitável (e compreensível) da decisão do caso, devendo tais critérios constituir uma verdadeira teoria da decisão penal. A chave da teoria do crime não é em si mesma a referência de um problema a uma categoria mas uma outra forma de abordagem, discursiva, direta e material.

A este propósito, é interessante verificar que um autor americano, GEORGE FLETCHER, refere as doze distinções básicas do Direito Penal, ultrapassando as que são próprias da teoria da infração, mas abrangendo, igualmente, algumas referidas à teoria da pena²⁴. Uma tal linha de pesquisa surge para o pensamento europeu como um

²³ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 2ª ed., 1978 (1ª ed., 1969).

²⁴ A obra de FLETCHER, G. P., foi divulgada, no meio universitário de Colúmbia ainda em manuscrito, com o título *The Twelve Basic Distinctions of Criminal Law* (1997). Posteriormente a obra foi publicada como *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998. A publicação desta mesma obra em língua espanhola surgiu com o título *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, trad. Espanhola por Muñoz Conde, 1997.

retorno às fases pré-sistemáticas da teoria penal, que caracterizariam a doutrina penal pré-moderna baseada no comentário das leis e no casuismo em que era incipiente uma ideia geral de crime, mas com a subtil diferença de, hoje, se poder trabalhar com distinções já laboriosamente estruturadas pela teoria dos sistemas. Com efeito, todas as grandes distinções do Direito Penal não são (provavelmente com a exceção das distinções entre erros com referência ao tipo e à ilicitude ou à culpa) um produto da teoria dos sistemas, mas distinções seculares, oriundas do Direito Romano ou do pensamento jurídico europeu sobre os pressupostos da responsabilidade penal²⁵. A tarefa racionalizadora do pensamento sistemático construído sobretudo a partir de BELING parece ter levado a autonomizar excessivamente o sistema das suas funções não primordiais, criando aquele aparente esquecimento dos fins e do discurso compreensível que caracteriza a abstração teórica. São esses fins, essa plausibilidade das soluções no discurso, que devem assumir o primeiro plano.

Mas haverá possibilidade e necessidade de reorientar o pensamento sistemático? Uma resposta possível foi, como veremos, a do pensamento funcionalista.

3. O pensamento funcionalista e a reconstrução do sistema de definição e análise do crime: o funcionalismo sociológico e o “funcionalismo” teleológico

a) O pensamento funcionalista aplicado à teoria geral da infração como uma nova opção de pensamento sistemático reconstrói a lógica dos sistemas, clássico neoclássico e finalista, através da ideia de adaptação funcional da própria definição de crime à tarefa de integração no sistema dos seus destinatários. Nesta orientação, é paradigmático o pensamento de JAKOBS, embora já

²⁵ Sobre a construção de tal pensamento, veja-se a obra de SCHAFFSTEIN, F., *ob. cit.*

ROXIN tivesse concebido uma orientação funcional das categorias tradicionais do conceito de crime, a partir das finalidades preventivas do sistema penal²⁶.

Como refere VIVES ANTÓN²⁷, poder-se-á falar de um funcionalismo teleológico e de um funcionalismo sociológico, integrando-se ROXIN no primeiro e JAKOBS no segundo, não sendo adequado fundir todo o apelo aos fins do sistema no mesmo conceito de funcionalismo.

Um pensamento funcionalista que se autonomize verdadeiramente da racionalidade teleológica do sistema neoclássico terá de se distanciar da própria definição da realidade utilizada pelo sistema jurídico (da respetiva definição e compreensão), tanto do que é regulado pelo sistema jurídico como da realidade que o sistema postula e do próprio sistema jurídico enquanto elemento da realidade; isto é, terá de traduzir as normas do sistema bem como a sua teleologia em funções sociais, numa espécie de realidade oculta subjacente.

No funcionalismo de LUHMANN²⁸, que mais tem influenciado o pensamento jurídico, a realidade (ações, pessoas, instituições, objetos) é toda ela reduzida a um sistema complexo de interações (papéis e funções) apto a realizar determinadas funções exigidas pelo ambiente em que se integra (*output/input*). Assim, é o papel ou a função que define o objeto de conhecimento, que o cria enquanto tal, de modo que a leitura do real não é um retrato de entidades tal como estas se apresentam ao sujeito de conhecimento, puramente autónomas relativamente aos critérios ou modelos de conhecimento, mas depende de certo modo dos próprios critérios e perspetivas através das quais são conhecidas.

²⁶ Cf. ROXIN, C., *Política Criminal y estructura del delito*, 1982.

²⁷ ANTÓN, T. VIVES, *Fundamentos del Sistema Penal*, 1996.

²⁸ LUHMANN, N., *Soziales System. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 1984; *Zweckbegriffe und Systemrationalität*, 1973; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974; e ainda, TEUBNER, G., *O Direito como Sistema Autopoietico* (tradução portuguesa da edição alemã de 1989), 1993.

Este funcionalismo radical depende de uma perspetiva epistemológica diferenciada da que classicamente subjaz à teoria dos sistemas no Direito Penal. Com efeito, o próprio finalismo, apoiado embora (na última fase) num modelo cibernético de ação²⁹, baseia-se ainda numa definição da realidade anti-determinista, voluntarista, construída sobre o conceito de ação humana racional e livre, em que o eixo de compreensão e definição da realidade é a própria ideia comum de ação humana, admitida como universal e englobante de todo o comportamento humano. O pensamento neoclássico, por outro lado, construindo a realidade a partir do valor e da significação dos factos, admite igualmente o controlo humano sobre os valores e a significação e, conseqüentemente, a determinação do ser pelo dever-ser. Mas o funcionalismo altera verdadeiramente a relação entre o sujeito e o objeto do conhecimento e a valoração pressuposta pelas orientações anteriores, na medida em que não concebe a realidade fora de um determinado modelo explicativo. Não se trata nem de uma anteposição do ser ao dever-ser, como pretende o ontologismo, nem do dever-ser ao ser, como pretendeu o neokantismo, mas sim de uma determinação do ser, neste caso a realidade das normas, pela adscrição de papéis e funções que não seriam expressão de decisões valorativas absolutamente conscientes, mas de uma lógica de desenvolvimento autónomo da organização da realidade.

Deste modo, levado até às últimas consequências, o funcionalismo não tem que pressupor a liberdade (como o finalismo) ou optar pela liberdade como valor (como o sistema neoclássico). Sendo, em si mesmo, alheio a qualquer lógica legitimadora, o funcionalismo não consegue, porém, superar a circularidade resultante de que todo o conhecimento, neste caso o das funções, é também o produto das mesmas regras que explicam o funcionamento de todo o objeto do conhecimento, é determinado pelos condicionantes e pelos fins do sujeito e, desse modo, desse modo, apenas válido na medida

²⁹ Cf. WELZEL, H., "Zur Dogmatik im Strafrecht", em *Festschrift für Maurach*, 1970, p. 7 e ss..

dessa adequação³⁰. O funcionalismo, diferentemente do finalismo, não procura o modelo de comportamento livre, racional e vinculável – condicionante da implantação de uma ética de responsabilidade – mas constata que o subsistema penal, por ter a função de “estabilização contrafática das expectativas dos destinatários do sistema”, tem a sua validade ditada pelo sistema social, isto é, tem que apurar os seus critérios de atuação de acordo com essa mesma função para cumprir o desígnio da sua existência.

Assim, a coincidência entre os critérios de responsabilidade determinados pela função do subsistema penal e os critérios de uma ética do agir livre e responsável será puro acaso ou, quando muito, uma opção funcionalmente determinada pela lógica soberana da reprodução do sistema.

Mas o funcionalismo, tal como o finalismo e o sistema neoclássico, tem uma lógica sistemática totalitária e reducionista quanto aos critérios de determinação da responsabilidade. Poderá tal lógica determinar soluções tal como a do ontologismo finalista?

Na realidade, o funcionalismo criou o seu modelo de soluções a partir da ideia de que uma solução disfuncional (critério de decisão de um tipo de problemas), isto é, que não serve a estabilização das expectativas do sistema, não é racionalmente defensável e não deve ser proferida. O funcionalismo não apela a uma legitimação extrínseca ao sistema, como um conjunto de valores superiores, mas apenas à necessidade pressuposta (não demonstrada) de preservação do sistema³¹. Prescinde da fundamentação no sentido próprio, como a referência a uma instância superior que determine o bem ou o mal, o válido ou o inválido. Mas ao fazê-lo, o funcionalismo mutila, sem dúvida, a necessidade imperiosa de critérios extrínsecos de fundamentação que permitam exigir o cumprimento de norma

³⁰ Cf. neste sentido ANTÓN, T. VIVES, *ob. cit.*, p. 447 e ss..

³¹ À imagem da norma fundamental de Kelsen. Sobre esta analogia, cf. ANTÓN, T. VIVES, *ob. cit.*, p. 452.

ou que a ela nos sujeitemos³² – isto é, suprime a necessidade de validar substancial e discursivamente o Direito nas sociedades democráticas respeitadoras dos direitos fundamentais e num certo direito à justiça.

O vício do finalismo foi absolutizar a estrutura racional do agir humano derivando dela todas as categorias do sistema de determinação da responsabilidade, como se tal estrutura não fosse também eleita em função das leis éticas do sistema jurídico. O vício do funcionalismo é, agora, mais radicalmente, apagar a necessidade de fundamentação extrínseca do sistema e da sua lógica, como se a ética não fosse igualmente uma necessidade humana e social e uma condição de aceitabilidade do sistema.

A solução do problema da distinção entre o dolo e a negligência é exemplarmente expressiva do modelo de solução do problema penal proposto pelo funcionalismo. JAKOBS defende uma conceção segundo a qual o comportamento doloso se define pela avaliação feita pelo agente, no momento de ação, de que a realização do tipo como consequência da ação não é improvável³³, prescindindo de qualquer relevância autónoma de momentos psicológicos (desejos ou estados mentais) ou, ainda, de momentos de atitude (decisão pela lesão de bens jurídicos)³⁴. Quando fundamenta a distinção entre dolo e negligência JAKOBS apenas refere que os autores negligentes afetam menos a validade da norma (*tangieren die Normgeltung weniger*) do que os dolosos, pois a negligência resulta da incompetência do autor para servir a sua própria esfera (ou o que lhe diz respeito), não podendo avaliar (dada a sua desatenção) as próprias consequências do seu agir. Diferentemente, para o autor doloso as consequências fácticas e lesivas da sua

³² Cf. a análise crítica recente do funcionalismo de LUHMANN, N. e TEUBNER, G., em HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, 2ª ed., 1992, pp. 67-78.

³³ Cf. JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2ª ed., 1991, p. 271.

³⁴ Cf. *ob. cit.*, p. 258.

ação são aceitáveis e a norma jurídica reguladora é diretamente posta em causa pela natureza da própria conduta.

Não bastará a posição do agente perante os valores protegidos pela norma, a partir de um certo contexto motivacional (por exemplo, que o agente confie na não verificação do resultado, a não contaminação de um doente numa transfusão de sangue, por tal ser muito pouco provável e haver um contexto motivacional que favorece a inércia ou uma transferência de responsabilidades). Mesmo que não se exclua que as motivações possam ser utilizadas no raciocínio probatório, elas serão apenas consideradas indícios pouco relevantes da verificação do juízo de não improbabilidade, no qual não se poderá deixar de proceder a uma avaliação da situação por terceiros (pelos códigos vigentes de interpretação da situação). Deste modo, a possibilidade de uma conotação do dolo com a culpa, isto é, a censurabilidade do agente em face das suas motivações, fica prejudicada e a decisão pela responsabilidade dolosa torna-se indiferente à avaliação da própria perigosidade do agente.

Independentemente da razoabilidade do critério de JAKOBS, o que resulta claro é que o seu fundamento corresponde a uma opção de desvinculação do valor penal de uma conduta do quadro ético comum (ou válido noutras linguagens sociais) de censurabilidade dos comportamentos sociais. A função de preservação da validade das normas justificará, em situações concretas, que se prescindia de qualquer avaliação da atitude segundo critérios de valor (bem/mal) próprios da ética, admitindo-se a qualificação do comportamento como doloso, em última análise, onde a atitude do agente não revele uma carga ética muito intensamente negativa (como, por exemplo, não seria excluído o dolo eventual no homicídio provocado por um foguete mal lançado para o ar, numa festa desportiva, que mata, com um grau de probabilidade baixo, o espetador no outro extremo do estádio, num contexto motivacional próprio de uma festa de claqué).

b) Sem exibir uma diferenciação epistemológica tão radical como a que subjaz ao funcionalismo sociológico, tem sido designada como funcionalista, embora os autores visados não se auto-qualifiquem como tal, aquela orientação que consiste em extrair dos fins das sanções penais diretas consequências para a teoria geral da infração, sendo ROXIN o representante mais veemente dessa atitude.

Com esta perspetiva, converte-se a mera adequação das categorias aos fins das penas, orientação que tinha sido menosprezada pelo pensamento sistemático anterior, num modelo de pensamento em que o principal critério de qualificação e decisão são as próprias finalidades preventivas do sistema penal.

Assim, por exemplo, a inclusão do dolo no tipo justifica-se pela função (preventiva) de motivação de condutas atribuída à norma que justifica um ilícito pessoal.

Retomando o exemplo do conteúdo do dolo³⁵, também é claro no pensamento de ROXIN que doloso é o comportamento adequado à pena de dolo e cujas características são fixadas na base de decisões valorativas político-criminais³⁶ e não resultam de quaisquer características ontológicas ou mesmo definidas socialmente do agir humano. Assim, o dolo eventual, fronteiro da negligência, corresponde a uma decisão pela possível lesão do bem jurídico, como expressão de uma superior motivabilidade pela norma e de uma consequente justificação de uma prevenção especial e geral mais intensa.

Ora, este modo de construção sistemática é ainda uma decorrência da definição da realidade neokantiana, que tende a derivar das puras opções de valor as categorias da realidade e a não atribuir qualquer papel determinante e autónomo aos objetos não relevantes valorativamente.

³⁵ Para não referir todas as outras categorias, como as causas de justificação e de desculpa ou a tentativa, que ROXIN constrói sob idêntica lógica, em *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 1972.

³⁶ Cf. ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 43.

Diferentemente do funcionalismo sociológico, em que os valores do sistema não protagonizam as suas figuras e soluções, este outro funcionalismo coloca os conteúdos valorativos de um determinado sistema penal no plano central. A necessidade da pena, a prevenção especial, a dignidade da pessoa e os valores constitucionais do Estado de Direito são os crivos, os tópicos que decidem os critérios da responsabilidade e da graduação da pena.

Não se cura, todavia, de uma seleção dos referentes comportamentais que servem a aplicação daqueles critérios valorativos, mas que seriam definidos pré-valorativamente ou noutras instâncias de leitura da realidade. Admite-se, antes, uma construção da realidade interna ao sistema valorativo.

A categoria geral da ação ou do comportamento humano não é ponto central do sistema. Quando muito, é-lhe assinalada uma função delimitativa negativa relativamente aos comportamentos sem um mínimo de autonomia e voluntariedade, não contribuindo para a determinação dos critérios de imputação penal, tornando-se, portanto, desprovida de valor sistemático³⁷.

É o comportamento típico, interpretado segundo os valores gerais do sistema, que expressará os valores particulares da situação concreta (decorrendo, assim, a base da imputação penal dos desígnios gerais do sistema).

Este funcionamento teleológico (ou esta teleologia), que numa vertente mais moderada, sistematicamente mais complexa e aberta, integra o pensamento de FIGUEIREDO DIAS, tende a não extrair qualquer operatividade³⁸ para as categorias de imputação penal de outros sistemas de construção ou definição da realidade.

Se o funcionalismo sociológico é redutor porque aniquila as questões sobre as preferências ou opções normativas, retirando à decisão jurídica o seu nível tradicional de fundamentação, o funcionalismo teleológico incorre, se levado às últimas consequências,

numa auto-construção dos valores do sistema penal, no solipsismo valorativo, perdendo, igualmente, a possibilidade de integrar no nível ético-jurídico a contribuição de outras experiências de pensamento.

4. O aproveitamento na teoria geral da infração da reconstrução sistemática do pensamento sobre a sociedade (a teoria da ação comunicativa, a teoria da linguagem e a racionalidade inter-subjetivamente determinada)

Pode dizer-se que existe um (ainda) tímido esforço para suscitar um novo impulso epistemológico no pensamento penal europeu, a partir dos desenvolvimentos da filosofia da ação e da teoria da sociedade, embora sem concretização e formalização idênticas à do funcionalismo sociológico.

A ideia mínima de um tal enquadramento teórico é a rejeição de uma racionalidade puramente jurídica e a constante imbricação da realidade social no Direito como instrumento da interpretação do Direito existente e da sua reconstrução valorativa. Assim, por exemplo, a ação releva no Direito Penal como sentido construído com recurso a regras socialmente vigentes. A ação não é vista como um puro facto, uma substância ou um substrato físico-comportamental, mas não é também uma mera construção do sistema jurídico. Surge como interpretação normativa ou construção normativa (através das regras sociais) do mundo.

Aparentemente, este conceito de ação não é mais do que a ação social que a teoria neoclássica viria a adotar. Todavia, neste entendimento de ação social está implicada uma inversão entre o método e o objeto do conhecimento relativamente à teoria da ação social neoclássica. O objeto do conhecimento não é já a determinação das características essenciais comuns a todo o comportamento com o valor de ação a partir de significado social, mas antes as regras da linguagem social (e dos respetivos contextos) que permitem designar validamente como ação (ou ação de um determinado tipo) um certo comportamento, num dado contexto. O facto de

³⁷ Cf. ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., vol. 1, p. 255 e ss..

³⁸ DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *text. cit.*, p. 12 e ss..

a ação ser entendida como construção de significado a partir de regras sociais (as da linguagem e dos seus jogos) torna essas regras e os contextos sociais do seu uso o verdadeiro objeto da investigação acerca da ação e das suas formas. Assim, tal como quanto à conceção de ação social investigar-se-á quais as regras sociais que distinguem uma ação de um determinado tipo (ofensa corporal) de um puro facto ou de uma ação de um outro tipo (por exemplo, de uma intervenção cirúrgica), todavia serão essas mesmas regras sociais, o seu modo de produção e a sua relatividade, a principal finalidade da análise e não a dedução a partir delas das características em geral dos comportamentos humanos.

A partir deste entendimento, a ação não é um problema de definição das características de uma realidade, que ainda é uma perspetiva ontológica, mas um problema de identificação das regras (ou critérios de atribuição de significado) de validade da designação de uma conduta num determinado contexto relevante para o Direito. A teoria da ação com interesse para o Direito Penal seria, neste sentido, a teoria sobre as lógicas, as regras e as condições da comunicação entre os sujeitos sobre o que acontece, bem como a teoria da comunicação pelo Direito de tais lógicas, da qual derivariam as condições de validade das próprias designações das condutas penais como condutas de um certo tipo (ação, omissão, dolo, negligência, autoria, comparticipação, homicídio, injúria, etc.).

Uma tal perspetiva é, como foi referido, meramente embrionária, mas parece indiciada pelo modo como é constituído o discurso em vários autores. Assim, HASSEMER, KLAUS GÜNTHER, VIVES ANTÓN, MICHAEL KÖHLER e, do outro lado do Atlântico, FLETCHER ou MOORE³⁹

³⁹ HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990; GÜNTHER, K., "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", em *Recht und Moral* (coord. Müller-Neumann), 1991, p. 205 e ss.; ANTÓN, T. VIVES, *ob. cit.*; FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal Law*, 1978; MOORE, M., *The Philosophy of Action and its Implication for Criminal Law*, 1993; KÖHLER, M., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1998. Assinale-se que MICHAEL KÖHLER desenvolve

fazem uma abordagem não ontologista da responsabilidade penal, mas, igualmente não funcionalista, a que não é alheia uma ideia de racionalidade comunicativa e uma fundamentação da validade do Direito em estruturas lógico-sociais da ação livre.

Porém, esses autores, exemplificativamente citados, apenas se reúnem, como se referiu, através de uma tendência para buscar a racionalidade do Direito, como pretendia MAX WEBER, na racionalidade de outros sistemas sociais e não intrinsecamente nos valores que aquele autopropõe. Desenham geralmente uma linha reconstrutiva das soluções do sistema penal e dos seus valores de acordo com aquela mesma ideia de racionalidade comunicativa, adequada ao fortalecimento dos valores do respeito pela subjetividade e pelo consenso intersubjetivo. A própria referência às racionalidades sociais extra-jurídicas nas soluções do Direito surge simultaneamente como produto de compreensão da validade do Direito e da sua eficaz reconstrução.

A possível repercussão destas abordagens na teoria da infração é a própria alteração dos problemas sistemáticos que constituíram o quadro teórico da teoria dos sistemas, desde BELING. Todavia, ainda não emergiu uma suficiente consciência dessa alteração, com repercussão decisiva na enunciação dos problemas do Direito Penal. Às questões sobre o reencontro entre tipicidade e ilicitude ou ilicitude e culpa, que tornam o Direito Penal um pensamento hermético, e que o cristalizam em dogmas inultrapassáveis (delimitando rigidamente o campo dos conceitos, como as causas de justificação, o dolo, as espécies de erro, etc.), deverá contrapor-se um sistema mais flexível de conceitos em que a decisão sobre as consequências do crime assumirá, objetivamente, o papel preponderante.

uma importante crítica metodológica do positivismo jurídico e do normativismo (nomeadamente da escola neoclássica), criticando, expressamente, a redução de ação pressuposta pelo sistema jurídico à causalidade natural ou à racionalidade dos fins. Para KÖHLER, a ação não é uma ordem exterior ao Direito, mas sim o encontro de uma razão jurídica intersubjetivamente definida (cf. *ob. cit.*, p. 20).

C – A teoria geral da infração e as questões primárias de uma teoria da decisão sobre a responsabilização penal. Proposta metodológica

Uma teoria geral da infração baseada numa certa ordenação sistemática dos elementos da definição de crime leva à referência das características do facto concreto que justificam a sua qualificação como crime, tais como, por exemplo, a intenção do agente, a verificação de uma situação de legítima defesa ou a capacidade de motivação pela norma penal, a cada elemento da definição de crime, a tipicidade, a ilicitude e a culpa. Mas a teoria geral da infração deve ser uma análise desformalizadora dos critérios gerais de decisão sobre a responsabilidade penal, não se fechando hermeticamente num sistema de definição do crime motivado pela mera preocupação de apreensão da racionalidade dos elementos comuns a qualquer crime no sistema. Sem abandono das categorias propostas pelos sistemas de definição e análise do crime, indispensáveis pela sua dimensão concetual, é necessário, porém, progredir-se para uma exposição dos critérios de determinação da responsabilidade penal, que interprete o conteúdo da ilicitude e da culpa (e a dimensão da tipicidade que as interpenetra e em que se baseiam) como critérios de decisão das fronteiras da responsabilidade penal, de acordo com opções de justiça construtivas do sistema penal. *A teoria geral da infração poderá, consequentemente, assumir o papel de uma teoria da decisão sobre a imputação penal num sistema jurídico aberto à consideração de outras interpretações da realidade.*

No prosseguimento de tais objetivos, deveremos confrontar-nos com o quadro das grandes opções ou critérios de determinação das fronteiras de atribuição de responsabilidade (imputação) penal, tais como: há (ou deve haver) uma limitação do facto punível a um determinado sentido de ação, que exclua, por exemplo, uma equiparação generalizada da omissão à ação? A imputação de consequências de um comportamento coincide essencialmente com a causalidade ou prescinde dela? O comportamento doloso abrange (ou deve abranger) algo mais do que a representação como não improvável de um resultado? A ilicitude reclama a

violação de um dever ou basta-se com a lesão objetiva de um bem jurídico e a correspondente danosidade social? A culpa poderá prescindir da valoração de uma atitude interna do agente?

Esta transferência das questões sistemáticas tradicionais para a esfera de uma lógica de decisão não prescinde do entendimento da própria lógica estrutural básica da teoria geral da infração tradicional, consistente numa teia de precedências entre a tipicidade, a ilicitude e a culpa. Mas, como a doutrina não é unânime quanto ao conteúdo das categorias, acontecerá, por vezes, que o que é prioritário e antecedente numa proposta sistemática (o dolo no sistema finalista, por exemplo) não o será noutra abordagem (o dolo é elemento da culpa, logicamente posterior à tipicidade, nos sistemas clássico e neoclássico). O mesmo se passará com a distinção entre ilicitude e culpa que, sendo hoje praticamente indiscutida, não evita a transferência de conteúdos entre os seus termos, de modo que aquilo que foi mero fundamento de desculpa (por exemplo, a inexigibilidade de um outro comportamento na interrupção da gravidez em consequência de uma violação) poderá passar a suscitar a atipicidade ou a exclusão da ilicitude.

Todavia, a excessiva insistência em problemas como o sistema tripartido ou bipartido, a inserção sistemática do dolo e o lugar da punibilidade⁴⁰ não parece justificável. As questões materiais, as referidas opções básicas da decisão sobre a imputação penal, deverão levar a decidir essas outras questões que apenas podem ser formalizações das alternativas colocadas pelas primeiras.

Tais questões primárias, ou pelo menos “mais primárias”, poderão ser reduzidas ao seguinte elenco, que aqui se indica, exemplificativamente:

⁴⁰ Acerca deste último tema, cf. diversas intervenções sobre o tema, no Simpósio de Coimbra sobre a construção de um sistema europeu de Direito Penal, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, ob. cit..

- a) A imputação penal, como atribuição de responsabilidade, pode referir-se a quaisquer factos humanos ou exige comportamentos com certa natureza (função delimitativa do conceito de ação)?
- b) Na interpretação da norma penal incriminadora com vista à imputação penal, o intérprete está vinculado a uma certa racionalidade pré-jurídica? Existirá essa vinculação na delimitação entre ação e omissão ou na configuração do dolo e da negligência (função sistemática da ação e da relação entre tipicidade e ilicitude)?
- c) Na delimitação de um facto como típico, por exigências decorrentes do princípio da legalidade, é viável um critério interpretativo que condicione às razões gerais do sistema (fins e funções) a determinação da existência do facto típico para além do sentido possível das palavras (problemas na interpretação das normas penais e no relacionamento entre tipicidade e ilicitude)?
- d) Qual é a importância da causalidade na imputação jurídica das consequências de um facto à ação de um agente?
- e) Como é que se imputam (atribuem) os factos aos agentes?
- f) Na imputação do dolo (imputação subjetiva), há uma vinculação a uma estrutura racional de intencionalidade ou o dolo é uma construção do sistema penal de acordo com as suas funções e finalidades? Em qualquer dos casos, qual é o conteúdo do dolo (questão do conteúdo e espécies de dolo e decorrentemente da sua inserção sistemática)?
- g) É exigível algum momento subjetivo como o dolo ou a negligência para a afirmação de que a conduta viola a norma penal (questão do objeto do juízo de ilicitude e dos papéis relativos dos desvalores da ação e do resultado)?

- h) Que diferença essencial existe entre excluir a ilicitude e excluir a culpa ou justificar e desculpar? As causas de justificação implicam uma efetiva permissão e valoração positiva de uma conduta (natureza da justificação, distinção entre justificação e desculpa)?
- i) A culpa implica uma valoração da atitude do agente ou apenas da sua capacidade de agir de modo diferente (problema das conceções de culpa)?
- j) O erro pode excluir a responsabilidade penal (problema da distinção entre erro intelectual e erro moral e espécies de erro de acordo com os sistemas da definição do crime)?

§ 2º – A ação

A – A ação como limite de responsabilidade e pressuposto geral da responsabilidade penal

1. Pela discussão sobre o conceito de ação perpassava uma opção de base sobre o sentido da responsabilidade penal. Os finalistas pretendiam realizar através da técnica de imputação penal do crime um modelo de responsabilidade baseado na ação livre e responsável dos indivíduos, em que estes agiriam decidindo em face das normas que lhes eram dirigidas e orientando a sua conduta para os respetivos objetivos. Pressupunham, por força disso, uma ação final, uma relação racional entre o destinatário da norma e a norma, cuja função era motivá-lo para o respeito pelos valores jurídicos. Assim, entendiam que os indivíduos eram motiváveis diretamente pelas proibições e suscetíveis de responsabilidade quando tal possibilidade fosse indiscutível – o que aconteceria desde que realizassem ações racionalmente orientadas para fins. Só as ações finais seriam objeto possível de proibição e revelariam a possibilidade de ter sido cumprida a proibição. A esta racionalidade dos fins acrescia, porém, a crença de que o modo de relacionamento do indivíduo com o sistema não dependia de motivações especiais ou de características subjetivas próprias, mas estaria uniformemente possibilitado pelo essencial de toda a ação humana e pela racionalidade final da mesma, comum a todos os indivíduos. Aí, onde a ação final existisse, existiria, inevitavelmente, a possibilidade de o agente ser motivável pela norma, fora das situações de erro.

A ação final, com esta estrutura geral, não era, porém, dependente das valorações culturais do intérprete nem de aspetos individuais específicos do agente – a ação era vista como estrutura da realidade, uma organização da realidade (ontologismo) e o juízo de culpa não dependia das características individuais do agente reveladas na ação, mas apenas de uma censurabilidade segundo critérios ético-sociais. Introduziam-se na ação os momentos subjetivos,

esquemáticos e depurados das complexidades individuais, subtraindo-se à culpa qualquer momento de atitude. A culpa tornava-se um juízo normativo e objetivado.

O sistema finalista pretendia obter um modo de justificar a responsabilidade penal por culpa independentemente de uma avaliação individualizada das motivações e da atitude do agente. A responsabilidade penal baseava-se no pressuposto da coincidência entre a racionalidade individual e social e na possibilidade de funcionamento preventivo-geral do sistema penal.

Há já no pensamento finalista um prenúncio do funcionalismo, que concebe a definição do crime em função dos fins do sistema social ou de uma necessidade de estabilização das expectativas sociais acerca do crime e da pena.

Para a perspectiva funcionalista, a ação é definida como a referência do critério de eficácia possível das normas, aquilo que é motivável pelas normas. Diz JAKOBS que a produção de resultados evitável individualmente é o conceito superior para o agir doloso e negligente⁴¹. O conceito axial para a responsabilidade penal já não é meramente o de um pressuposto de culpa em função da liberdade. Não é fundamentalmente o conceito adequado a uma qualquer ética da responsabilidade ou à inserção da responsabilidade penal numa teoria da justiça, mas apenas o conceito adequado ao funcionamento preventivo-geral das normas.

O pensamento finalista, embora não tenha este ponto de partida, permite que se chegue a esta posição.

2. Mas a ação tem sido o conceito que exprime o pressuposto básico da responsabilidade por culpa, condicionando o tipo de comportamento que em geral pode ser designado como crime. A necessidade de um conceito que cumpra esta função parece impor-se para quem entenda como questão fundamental do sistema penal a garantia de uma atribuição de responsabilidade baseada

na autonomia dos destinatários das normas, não se bastando com a legitimidade derivada da prossecução de fins preventivos, de fins sociais, associada à proteção de quaisquer bens jurídicos. A abstração pura de um tal conceito básico na construção dos pressupostos da responsabilidade penal corresponderia à substituição do pressuposto de legitimidade da responsabilidade penal (a ação livre e responsável) pela legitimidade de responsabilização conferida apenas pelos fins supra-individuais da intervenção penal. A ação é, assim, um critério essencial de um sistema que faz depender a responsabilidade penal de uma ideia de autonomia e de responsabilidade pessoal. A medida e o modo em que esse papel requererá um referente exterior às valorações do Direito, ou mesmo uma estrutura ontológica, dependerá da expressão da autonomia e da liberdade que se considere essencial assegurar como fundamento da responsabilidade.

B – Os comportamentos inconscientes e os automatismos. Responsabilidade penal e complexidade crescente da ação social

1. Até onde se pode aceitar a qualificação de um comportamento como ação, no sentido daquela última função? Onde a consciência ou o domínio do corpo estiverem perturbados existirá ainda assim uma ação? Nos comportamentos inconscientes e nos automatismos haverá, ainda, aquele substrato comportamental exigido por um sistema de responsabilidade dependente de culpa?

Uma resposta para esta questão tem sido procurada a partir de dois prismas: o da própria análise do que caracteriza no seu ser e existência o comportamento como expressão de ação humana e ação pessoal (perspetiva ontológica) e o da análise do que decorre dos fins da responsabilidade penal e dos limites de legitimidade da ação penal para a eleição dos comportamentos suscetíveis de responsabilidade. Estas duas vertentes constroem, essencialmente, os pólos orientadores do problema que aqui se enfrenta.

No que se refere à primeira perspectiva, corresponde ao conhecimento científico e foi acentuado pelo próprio pensamento finalista o entendimento de que a finalidade caracterizadora da ação não exigiria uma consciência reflexiva e controladora de todo o desenrolar de um comportamento. Admitiu-se, assim, que ações desenvolvidas com alguma automaticidade seriam também ações finais. Nelas haveria um controlo possibilitado pela experiência anterior que não exigiria estados mentais vividos segundo um esquema intelectualizado de representação – decisão – do comportamento. Mas esta finalidade inconsciente seria, ainda, caracterizadora de uma ação humana, por constituir um produto de experiência e de aprendizagem e seria, por isso, controlável normativamente⁴².

No que diz respeito à segunda perspectiva, a questão essencial foi saber em que termos a responsabilização penal poderá legitimamente apoiar-se em momentos do comportamento anteriores ao ato criminoso, sem cair, por força disso, numa antecipação da criminalização relativamente ao ato nem ter de aceitar uma culpa pela personalidade ou pela condução da vida, que tende a colidir com os princípios da legalidade e do direito penal do facto.

A resposta a esta questão acentuaria certos modos tipificáveis de relacionamento entre o ato inconsciente ou automático e momentos anteriores identificáveis (ou tipificáveis) que corresponderiam a violações de deveres cognoscíveis pelo agente (como, por exemplo, ingerir bebidas alcoólicas conjuntamente com certos medicamentos, conduzir estando a tomar medicamentos que diminuem acentuadamente os reflexos, etc.).

Mas tanto a primeira perspectiva como a segunda suscitam problemas e alternativas dogmáticas importantes. Assim, há uma contraposição notória na doutrina penal que se tem pronunciado sobre o tema entre uma posição de generalizada responsabilização

⁴² Nesse sentido, cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 57 e ss..

penal de comportamentos automáticos e de algumas perturbações e uma posição mais moderada que, nos casos de falta de consciência (por exemplo, provocadas pela embriaguez), restringe a intervenção penal a certos tipos de casos, em função de um critério distintivo.

Relativamente à primeira perspectiva, há autores, como STRATENWERTH, que admitem, nos automatismos, a existência de ação independentemente de se poder identificar qualquer estado de consciência ou de afirmar a possibilidade de uma intervenção controladora da consciência, desde que se possa reconhecer uma dirigibilidade inconsciente, isto é, desde que o processo global, em que o ato se enquadre, esteja determinado ou seja explicável pela experiência, relacionada com a situação e eventualmente acessível a uma dirigibilidade consciente⁴³.

Para JAKOBS, já seria decisiva a possibilidade de afirmar a concreta evitabilidade individual do comportamento, isto é, a possibilidade de um controlo (reconhecível pelo agente) do automatismo pela consciência⁴⁴.

Um exemplo jurisprudencial que tem permitido a controvérsia foi o de um automobilista que por causa de um movimento defensivo relativamente a um inseto que entrou pela janela orientou, subitamente, o carro numa outra direção e provocou um acidente. A primeira posição é, sem dúvida, mais favorável à afirmação de uma ação; a segunda tem, aí, muitas dificuldades em sustentar a existência de ação⁴⁵.

O problema consiste, no entanto, para a doutrina, menos em saber se a consciência – ou, pelo menos, um certo grau de consciência⁴⁶ – é inerente à qualidade de ação voluntária dos comportamentos

⁴³ *Ob. cit.*, pp. 76-77.

⁴⁴ Cf. JAKOBS, G., *ob. cit.*, p. 35 e ss..

⁴⁵ Cf. sobre o caso Eser, A., BURKHARDT, B., *Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 1995, pp. 88-90.

⁴⁶ Sobre o conceito de consciência há uma extensa problematização teórica (cf., pela especial complexidade da abordagem, RICOEUR, P., *Philosophie de la Volonté*, I, *ob. cit.*).

humanos, mas sim se é necessária a constatação de um certo poder ou controlo no momento exato em que a atuação se desenvolve ou se basta um outro ponto de conexão (tal como o início do processo ou outra fase anterior).

A consciência do ato no sentido mais racionalizado não é critério de voluntariedade nos comportamentos automáticos, embora seja sustentável a permanência de um nível baixo de consciência, pois será sempre difícil anular a presença da consciência em atos que se integram num processo dirigido para fins escolhidos pelo agente. Poder-se-á, com efeito, dizer que o pianista não vive, conscientemente, cada momento da execução de uma peça que toca de cor ou que um automobilista não representa conscientemente todos os seus gestos? O que significará, aqui, efetivamente, a atribuição ou negação de consciência? A consciência não significará, sobretudo, uma compreensão do sentido do agir e não tanto um estado vivido mentalmente, contemporâneo da produção de efeitos?

Há, com efeito, uma importante tradição filosófica, com raiz em HUME⁴⁷, que pretende que existe uma necessária relação causal entre um estado mental ou mesmo cerebral – a volição – e a ação voluntária ou intencional, e que continua a ter, hoje, expressão em autores como DONALD DAVIDSON⁴⁸. É uma linha de pensamento causalista que subjaz a várias sustentações de uma teoria da ação, que se caracteriza por defender momentos mentais ou fisiológicos determinados como suportes da ação humana, integrando a ação humana no contexto dos fenómenos naturais.

Numa outra linha de pensamento, porém, a ação voluntária (e sobretudo a intencional) é, fundamentalmente, uma interpretação das condutas segundo esquemas lógicos disponíveis pelo observador e pelo próprio agente. Assim, os desejos, crenças e apetências seriam explicações das ações em função de uma “intencionalidade”

⁴⁷ HUME, D., *A Treatise of Human Nature*, I e III, 1739.

⁴⁸ Cf. DAVIDSON, D., *Essays on Action and Events*, 1980.

previamente identificada ou pressuposta. A cobiça de A somente seria a “causa” do homicídio de B, porque estaria identificada uma conduta dirigida à morte de B e seria possível afirmar que a sua razão seria a cobiça e não, por exemplo, uma excitação anormal e incontrolável. As ações seriam assim esquemas interpretativos ou descritivos da realidade plausíveis e não verdadeiramente expressão de estados mentais física ou naturalisticamente geradores.

Esta discussão filosófica não está obviamente resolvida⁴⁹ e o Direito Penal não pode apoiar os seus quadros apenas nos seus termos.

O que a discussão revela, no entanto, é que a hipótese de uma verdadeira causalidade de estados de consciência é questionável e que, provavelmente, o entendimento comum do que é voluntário e intencional não depende desses estados mentais terem tido uma efetiva existência causadora de movimentos.

Porém, os automatismos não poderão ser considerados ações (ou pelo menos ponto de apoio, por si, da responsabilidade penal) onde não existir desde logo uma reconhecibilidade dos atos como elementos do processo de um comportamento globalmente final⁵⁰ e que é assumido pela pessoa como sua expressão. Por outro lado, a imprevisibilidade para o agente de um estímulo não permitirá orientar a ação que lhe dá respostas para a direção contrária.

⁴⁹ Uma tal discussão associa-se também à discussão sobre o livre arbítrio, na medida em que a identificação das volições se relaciona, inevitavelmente, com a perspectiva de uma origem no sujeito da causa do seu comportamento, na tradição aristotélica e na linha kantiana do reconhecimento de um poder de começar a partir de si uma série de modificações. Porém, a causalidade motivacional e das volições relativamente aos comportamentos externos é fonte de grandes perplexidades quanto à possibilidade lógica do livre arbítrio, na medida em que, como pergunta, surpreendentemente, SCHOPENHAUER, também se poderá querer (livremente) o que se quer ou, na realidade, a própria vontade dependerá de outra coisa (SCHOPENHAUER, A., *Essai sur le Libre Arbitre*, 1894, p. 46 e ss.). Assim, a questão de voluntariedade não pode estar exclusivamente associada à consciência mas a algo que associe a consciência a um poder efetivo ou a uma causa última.

⁵⁰ Cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 57.

O critério de relevância como ação dos automatismos só pode, assim, assentar na própria capacidade de prever o motivo externo de ação pelo agente, que é aferida pela integração do ato automático como elemento de um comportamento complexo. A concreta impossibilidade de prever a situação que explica o ato, nas circunstâncias em que o agente empreende a sua conduta, afasta a relevância como ação dos automatismos, porque não permite vislumbrar um comportamento motivável.

Na verdade, não há um antagonismo entre vontade e comportamento automático, pois a ação voluntária necessita de esquemas garantidos de realização eficaz de fins⁵¹, os quais são constituídos em grande parte por respostas instantâneas e não consciencializadas a estímulos. A redução da complexidade da resposta individual às situações com que as pessoas se confrontam é, aliás, objeto de aprendizagem e de educação. Porém, a imprevisibilidade de um desencadeamento da conduta automática é manifestação de que o automatismo não é elemento integrante da conduta global final em que surge como uma intromissão inesperada. No exemplo do inseto, que ocupou a jurisprudência e a doutrina alemãs, ESER parece defender que não era imprevisível que entrasse um inseto no carro, quando se conduz com as janelas abertas num dia de calor, e que, por isso, estaríamos ainda perante uma ação final. Também se um automobilista não reduz a velocidade numa estrada que sabe estar cheia de buracos, a mudança de direção do carro, embora inevitável para ele, não deixará de ser elemento integrante da sua condução global.

Se no caso do inseto é porventura chocante que se atribua um agir a quem num gesto defensivo automático tirou as mãos do volante ou orientou o carro para a outra faixa, porque, na realidade, a entrada de um inseto, embora não imprevisível, será relativamente excecional e inevitável se se conduz de janelas abertas, em casos em que seja mais elevadamente previsível a

situação que desencadeia o automatismo, torna-se claro que o automatismo não é um elemento estranho à ação final global dirigida pelo agente.

A fronteira entre o automatismo que é integrável numa conduta voluntária e aquele que corresponde, apenas, a um domínio do corpo sobre a vontade há de depender do grau de previsibilidade da situação ou do estímulo que suscita o ato.

2. Para além dos automatismos, é problemática a classificação como ações dos comportamentos sob hipnose, do sonambulismo ou mesmo sob o efeito de certas substâncias como as drogas ou o álcool. Nos estados hipnóticos e no sonambulismo a questão da existência de ação reside em saber se o comportamento comandado pela vontade alheia ou pelo estado sonâmbulo ainda não é expressão de uma aceitação da vontade do agente ou da sua não oposição de resistência.

ROXIN⁵² considera mesmo que a prática de certos factos criminosos sob hipnose seria impossível para certas pessoas, isto é, só seria possível para pessoas capazes de cometerem esses atos em estado consciente.

Estaremos aí, então, perante condutas em que não seria afastada a qualificação como ações?

Seria levar longe de mais o conceito de ação, identificando como ações comportamentos em que outra pessoa ou pura e simplesmente um funcionamento soberano do corpo comandassem a conduta do agente. Nesses casos não haverá, como nos casos de automatismos em que se aceita a caracterização como ações (e como vimos não serão todos), uma capacidade de absorção por uma conduta global em que essas ações se desenvolvem. O entendimento entre o corpo e a pessoa e a integração da ação corporal numa linha geral de ação inexistem nestes casos.

⁵¹ Nesse sentido, RICOEUR, P., em *Philosophie de la Volonté*, I, ob. cit., p. 216 e ss.

⁵² ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. p. 214.

Mas já serão, indiscutivelmente, ações os comportamentos praticados nesses estados em que os agentes procuraram utilizar a situação. Assim, se os agentes se submeterem a hipnose para poder praticar certas condutas nesse estado ou, sendo sonâmbulos, criarem a possibilidade, com elevada probabilidade, de realizarem uma certa conduta, por exemplo, colocando uma arma perto da mesa de cabeceira.

Nestes casos, em que o Código Penal não exclui, explicitamente, a capacidade de culpa (artigo 20º, nº 4) não deixa de existir, manifestamente, ação. Mas se o agente não quis, intencionalmente, utilizar o estado em que se colocou, sendo, porém, previsível que a situação ocorreria, também aí não deixa de existir uma relação de entendimento entre a atuação final da pessoa e a atuação naquele estado. O facto, porém, de o Código Penal não integrar essas situações no artigo 20º, nº 4, como casos em que se verificará ainda a capacidade de culpa do agente, há de implicar, no plano do direito positivo, que eles não sejam pressupostos relevantes de uma censura jurídico-penal.

3. Quais serão, então, os limites negativos do conceito de ação? Tradicionalmente, a doutrina indicava os atos ou movimentos reflexos e a estes, por vezes, acrescentava os comportamentos inconscientes e automáticos. Associava-se, assim, consciência e vontade, de um modo pouco analítico. Paralelamente a essas posições, formulava-se a doutrina das chamadas *actiones liberae in causa* para justificar a responsabilização penal dos agentes que, dolosamente, se tivessem colocado num estado de falta de consciência. Essa via, porém, remetia para um momento anterior à ação o ponto de apoio da responsabilidade penal. Com a integração no conceito de ação de condutas não conscientes e automáticas, vem admitir-se que a responsabilidade penal possa assentar, diretamente, em atuações pelo menos não conscientemente refletidas, não apenas por causa de uma intencionalidade anterior mas porque na realização dessas condutas persiste ainda uma dimensão da vontade e nelas se espelha o desenvolvimento corporal

e automático, característico da ação humana, de uma orientação final global da conduta.

A importância deste alargamento da base da responsabilidade penal para além do espaço reduzido da tradicional teoria das *actiones liberae in causa*, em que se exigia predominantemente um propósito específico, é evidente numa sociedade em que o sentido da responsabilidade tem, necessariamente, de ser guiado pela prevenção de riscos para os bens jurídicos: por esta via, a responsabilização por negligência não será necessariamente excluída, nos casos de comportamentos automáticos ou imperfeitamente conscientes.

Nestes, com efeito, mantém-se uma ação tipicamente humana, suscetível de ser analisada em termos de culpa, isto é, de ser apreciada segundo critérios de exigibilidade de outro comportamento.

Por outro lado, e fora do contexto dos atos automáticos, persistem os atos reflexos ou compelidos por uma força física irresistível em que está fora de causa qualquer comportamento voluntário. Estes, como diz RICOEUR, são insuscetíveis de assimilação pela vontade⁵³. Neles, por isso, não se revela qualquer ação voluntária⁵⁴, isto é suscetível de coerção, para utilizar uma fórmula que se adapta ao problema da responsabilidade penal.

4. Finalmente, a ampliação relativa do conceito de ação e consequentemente das condutas suscetíveis de responsabilidade penal tem importantes consequências no plano da própria culpa penal.

⁵³ “Par son incoercibilité le reflexe reste inassimilable à la volonté”, *ob. cit.*, p. 227.

⁵⁴ Embora não sejam pura e simplesmente um obstáculo à vontade “par son adaptation remarquable le reflexe est non un obstacle pour la volonté mais son indispensable préface”, *ob. cit.*, p. 228.

A ausência de uma consciência refletida ou perfeita apenas afeta a afirmação do dolo relativamente à conduta típica e não põe, precocemente, em causa a responsabilidade penal, impedindo à partida qualquer juízo de culpa. Mas a possibilidade de inclusão no âmbito do voluntário de certos comportamentos automáticos que são referíveis ainda a um todo comportamental expressivo do sujeito e por ele controlável não implica necessariamente a responsabilização penal de tais comportamentos. Haverá, ainda, que analisá-los através de um crivo de culpa, segundo o qual se tomará basicamente em consideração as ideias de responsabilidade éticas vigentes na sociedade, à luz das quais haverá que decidir se o grau de controlo do agente sobre os seus atos era suficiente para o agente se ter motivado pela norma na situação concreta.

§ 3º – A relevância penal da omissão e os limites do juízo de imputação penal

1. A omissão surge como problema na medida em que a perspectiva físico-causal, predominante na linguagem social, não atribui aos comportamentos omissivos um direto significado lesivo, sendo necessário construir as razões da sua relevância penal a partir de uma analogia com o comportamento ativo. Assim, por um lado, punir as omissões pode parecer semelhante a punir pensamentos ou intenções; por outro lado, omitir uma conduta é imediatamente equiparado a um “nada fazer” que não é abrangido por uma ordem de proibições basicamente constituída por proibições de ações⁵⁵.

Todavia, a exposição sobre a omissão penal é geralmente orientada para a demonstração da superficialidade desta primeira abordagem, sendo o passo seguinte a demonstração de que, no campo ético, ações e omissões se podem equiparar e de que, segundo a linguagem das normas, as proibições podem integrar comandos de ações⁵⁶. A terceira demonstração que tem ocupado

⁵⁵ BRITO, J. SOUSA E, na sua dissertação de mestrado *Estudos para a Dogmática do Crime Omissivo*, 1956, defende a tese da pertença da ação e da omissão como puros opostos ao mesmo universo lógico – o do comportamento – na perspectiva da linguagem das normas jurídicas.

⁵⁶ Cf. CORREIA, E., *Direito Criminal*, I vol., 1963, p. 271, que considera que “quando a negação de valores supõe – ou um preceito quer evitar – a produção de um certo resultado, é evidente que lhe interessam não só as atividades que o produzem, como as omissões que o deixam ter lugar. Da norma que quer evitar o resultado nasce, pois, para todos, não só o dever de evitar as atividades que o produzem, mas também o comando de levar a cabo as atividades que obstem à sua produção”. EDUARDO CORREIA parte de uma conceção da norma como pura valoração de um bem jurídico e de uma construção fundamentalmente objetivista da ilicitude. Todavia, a definição da ilicitude a partir do ilícito pessoal impede a inferência de EDUARDO CORREIA. A violação do dever pressupõe uma definição do mesmo e da conduta infratora, que torna impossível equiparar, sem mais, o comando de uma ação à proibição de uma ação, já que os deveres não se constroem a partir de resultados mas da descrição de condutas.

a teoria penal é a de que a ação e a omissão são espécies de um género comum ou pelo menos redutíveis a uma mesma estrutura comportamental⁵⁷. E, finalmente, uma última perspectiva de abordagem – a funcionalista – tende a concluir que ações e omissões não são sequer distinguíveis, em certas situações, na perspectiva da competência desempenhada pelo agente na interação social⁵⁸.

No entanto, a relevância penal da omissão surge essencialmente como problema a partir da exigência de um requisito comportamental geral, comum a toda a responsabilidade penal. Até mesmo o afastamento de um tal requisito geral pelo normativismo ou funcionalismo teleológico não evita a interrogação sobre se as omissões terão, nos casos concretos, a necessária caracterização comportamental para suportarem as censuras de ilicitude e de culpa (embora para estas perspectivas tal interrogação se formule com o exclusivo fundamento da exigência da distinção entre os modos de comportamento lesivos dos bens tutelados pelo ilícito típico concreto).

O problema da relevância penal da omissão não existe, porém, com a mesma centralidade se a definição de crime prescindir de um requisito comportamental mínimo. Uma posição que afaste qualquer referência comportamental (ou a uma estrutura comportamental) como suporte da imputação objetiva tenderá necessariamente a negar a omissão como problema de limitação da responsabilidade e a integrar nos tipos incriminadores uma genérica equiparação da ação à omissão ou a admitir a pura indiferenciação entre estas

⁵⁷ Cf. BRITO, J. SOUSA E, *ob. cit.*. É significativo desta perspectiva o esforço de WELZEL, H., em reduzir a omissão ao conceito de ação final, cf. WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, *ob. cit.*

⁵⁸ Cf. JAKOBS, G., “La competencia por organización en el delito omissivo” (tradução espanhola de “Die Zuständigkeit kraft Organisation beim Unterlassungsdelikat”, em *Zur Äusserlichkeit der Unterscheidung vom Begehung und Unterlassung*), 1994.

duas categorias⁵⁹. A ausência de um requisito comportamental facilita a redução da ilicitude criminal à violação de deveres em divergência com a tradicional caracterização do ilícito como lesão de bens jurídicos por comportamentos “causais”.

É, por conseguinte, desenhável uma questão metodológica primária relativamente à relevância penal da omissão: saber se há uma constituição comportamental de todo o crime a que se tenham de referir os comportamentos omissivos penalmente relevantes.

A resposta afirmativa à pergunta convém a um Direito Penal do facto e à negação de uma pura ordem de obediência, correspondendo a uma vinculação do Direito às estruturas comportamentais identificáveis comunicacionalmente.

A dissolução na interpretação do conteúdo da ilicitude típica da delimitação dos requisitos do comportamento omissivo, a partir da negação de uma constituição geral do comportamento penalmente relevante, tende a desembocar numa distinção meramente casuística entre ação e omissão, que anulará a importância da distinção e a própria questão sobre as condições gerais de equiparação da ação à omissão (incluindo a exigência geral de posições de garante). Uma tal solução permite uma pura criatividade legislativa na construção do comportamento típico e não exclui a redução do ilícito à violação de deveres, como se referiu.

Se forem rejeitadas estas últimas vias de normativização positivista da omissão, permanece, absolutamente, a necessidade de caracterizar a omissão por referência à ação e sustentar, em geral, as condições em que é relevante.

⁵⁹ Em rigor essa referência comportamental é anterior às razões da equiparação da ação à omissão, centrando-se antes na “voluntariedade” da omissão, entendida, por exemplo, como evitabilidade fundamentada na possibilidade da ação que impediria o resultado. Todavia, essa questão não responde totalmente à necessidade de investigar as qualidades necessárias para que uma omissão seja valorável idênticamente a uma ação em termos de significado social e, consequentemente, para efeitos penais.

A questão fundamental será, necessariamente, a determinação do *quid* comportamental exigível para que a omissão possa ser uma espécie de comportamento penalmente relevante. Porém, como a definição da ação que importa à teoria da imputação não é naturalística, centrando-se antes na significação social dos comportamentos, a descoberta desse *quid* comportamental integrará uma problemática comum da relevância penal da ação e da omissão, tal como, por exemplo, a da inevitabilidade das consequências⁶⁰.

A perspectiva funcionalista de uma tendencial equiparação de ações e omissões pela sua função social torna, curiosamente, possível elaborar uma teoria da relevância comportamental a partir das características dos comportamentos mais discutivelmente capazes de possuírem tal relevância, onde mais difícil se torna justificar a existência do *quid* comportamental necessário à imputação penal. Nesta medida, tem algum sentido a tese de HERZBERG segundo a qual a categoria de género seria a omissão, sendo a ação meramente uma espécie incluída num género definido pelo comportamento omissivo⁶¹.

O reconhecimento de uma problemática de delimitação do comportamento punível comum à ação e à omissão não dissolve, porém, como se afirmou, a delimitação da omissão relevante nos particulares problemas de delimitação típica. Mas tal reconhecimento impele-nos à análise do condicionamento dos concretos juízos de imputação por estruturas gerais da ação social e sugere a possibilidade geral de ação e omissão serem equiparadas enquanto espécies de ação social.

⁶⁰ Cf. JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 136 e ss..

⁶¹ HERZBERG, R., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972.

2. Questão posterior é a de saber se se mantém a indispensabilidade de uma especial delimitação das omissões relevantes por fatores normativos (dever jurídico, posições de garante) que não derivem estritamente do *quid* comportamental indispensável ao crime e comum a ações e a omissões.

Neste terreno, tem especial relevância a tese de JAKOBS⁶², nos termos da qual haveria uma indiferenciação entre ação e omissão nas situações em que se ultrapassam os limites gerais da liberdade no que se refere à configuração exterior do mundo⁶³, como no exemplo expressivo de que é equivalente matar um transeunte porque não deteve a viatura a tempo, quando era perfeitamente possível parar, e matar um transeunte após aceleração, quando era igualmente previsível e evitável o seu atropelamento. A responsabilidade inerente à liberdade de configuração do mundo é que definiria os deveres de agir ou de evitar os resultados danosos⁶⁴. As posições de garante (não específicas da omissão) não explicariam a responsabilidade penal, mas seriam elas próprias explicadas por uma ideia prévia de responsabilidade jurídica (em que se fundamenta a responsabilidade penal).

A tese de JAKOBS conduz também à fundamentação mais precisa das posições de garante em setores em que o agente tem um dever especial de organização do mundo exterior, sendo, assim, equiparável que o médico responsável pelo doente ligado à máquina a desligue ou pura e simplesmente a não volte a ligar⁶⁵.

⁶² Cf. *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 192 e ss. e 802 e ss., e “La competencia por organización en el delito omissivo...”, *text. cit.*.

⁶³ JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 782 e ss. e p. 802 e ss..

⁶⁴ Na verdade, o exemplo de JAKOBS refere-se à equivalência entre a ação de acelerar relativamente ao dever de evitar a morte do transeunte e o puro não parar.

⁶⁵ Cf. “La competencia pela organización en el delito omissivo”, *text. cit.*, pp. 97 e 41-43. Para ROXIN, seria apenas uma “omissão por fazer”, “Do limite entre comissão e omissão”, em *Problemas fundamentais do Direito Penal*, 1986, p. 169 e ss., em especial pp. 185-193.

E, finalmente, a tese de JAKOBS não aceitará a equiparação da omissão à ação nos casos em que nem haja uma competência geral pela organização do mundo, da qual se possa derivar a responsabilidade pelo risco, nem um estatuto especial de que decorra uma específica competência para a proteção de bens jurídicos⁶⁶.

Ora, toda esta renovação das perspectivas tradicionais sobre a omissão, tradicionalmente sediadas na teoria das posições de garante (de base jurisprudencial e sem grande unidade sistemática), vem permitir considerar os fundamentos dos casos tradicionalmente referidos por aquela teoria sob um novo enfoque, permitindo analisar o que justifica a juridicidade das próprias posições de garante.

Com efeito, a problemática da omissão em JAKOBS relaciona-se com a questão dos limites do comportamento típico em geral. Relativamente aos concretos tipos de ilícito, a omissão penal implicará, nesta linha de pensamento, dois níveis de abordagem.

Num primeiro nível, ter-se-á de verificar se o comportamento aparentemente omissivo é, desde logo, tipicamente equiparável ao comportamento ativo na perspectiva de uma ação socialmente significativa – como aconteceria no caso do automobilista que não pára (nesse caso, não seria necessário um específico dever jurídico para fundamentar a equiparação nem de equiparação se deveria falar, mas apenas de comportamento socialmente relevante ou de ação socialmente significativa inserida no tipo). No segundo nível, a identificação do comportamento como omissão seria central, como central seria a sua não inclusão no tipo legal construído para um conceito de ação que o não incluiria, sendo a verificação

⁶⁶ Tese que o leva a admitir a ausência de relevância jurídico-penal da própria ação, quando não exista posição de garante, no caso de um médico não responsável pelo serviço que desliga a máquina de um doente terminal (cf. “La competencia por organización...”, *text. cit.*, p. 19). Diz, todavia, que o decisivo não é o tipo de conduta realizado, mas a atribuição ou não do processo danoso à organização do médico.

de um estatuto especial do agente na ordem jurídica pura condição da imputação penal e de extensão de tipicidade.

Independentemente da aceitação das teses de JAKOBS sobre a omissão, haverá, no entanto, que reconhecer que não é aceitável utilizar uma teoria não naturalista sobre a ação, em geral, e simultaneamente praticar uma distinção entre ação e omissão naturalista (ou implicitamente naturalista) para o efeito da aplicação do artigo 10º, nº 2, do Código Penal, remetendo para esse preceito tudo o que seja um “não fazer” em termos físicos ou naturalistas. Assim, todo o compromisso com uma teoria da ação social (ou do comportamento socialmente significativo) implica a absorção pelo facto típico de comportamentos não puramente positivos e não fisicamente causais.

A previsão do artigo 10º, nº 2, não se pode antepor à interpretação do conteúdo e alcance dos comportamentos típicos. A norma constante do artigo 10º, nº 2, imporá, porém, nas situações omissivas não compreendidas diretamente na descrição da ação típica, devido ao seu imediato significado social, a explicitação das condições em que é possível aquela equiparação⁶⁷. A interpretação da referida cláusula de extensão da tipicidade importa, desde logo, a verificação sobre se a teoria tradicional das posições de garante é compatível com as exigências do princípio da legalidade.

⁶⁷ A conceção do artigo 10º, nº 2, do Código Penal, ou de norma semelhante, como cláusula restritiva é, todavia, a mais comum na doutrina, a partir da própria construção dos tipos legais como proibições de resultados, os quais se referem a toda a delimitação da omissão como restrição de tipicidade (cf. BRITO, J. SOUSA E, *Estudos para a Dogmática do Crime Omissivo...*, *ob. cit.*, e CORREIA, E., *ob. cit.*, vol. 1, p. 271). A interpretação dos tipos incriminadores a partir de um critério de ação social sugere, antes, que no artigo 10º, nº 2, se contemple uma cláusula extensiva da tipicidade.

3. O estado do debate sobre a omissão implica duas ordens de questões:

- a) Qual a unidade de fundamento possível entre os diversos tipos de posição de garante, qual a sua racionalidade comum, a sua juridicidade e a sua adequação ao princípio da legalidade?
- b) A teoria das posições de garante será substituível pelos critérios de imputação oferecidos pelo pensamento de JAKOBS?

As questões práticas a resolver serão, entre outras, deste tipo:

- a) O domínio exclusivo (monopólio) sobre uma fonte de perigo, ainda que acidental, corresponderá à violação do dever jurídico de evitar o resultado típico que o artigo 10º, nº 2, refere?
- b) A ingerência, sobretudo a suscitada por comportamento não ilícito, concretizará o dever jurídico de agir?
- c) As situações de “comunidade de vida” consubstanciarão a referida violação do dever jurídico?
- d) Como delimitar o âmbito de aplicação do artigo 10º, nº 2, da previsão do artigo 200º do Código Penal, relativa ao crime de violação do dever de auxílio?

4. Na procura das respostas, dever-se-ão construir, argumentativamente, os princípios unificadores das diversas posições de garante, subjacentes à teoria tradicional das fontes, com as quais as funções da posição de garante deverão ser confrontadas⁶⁸. Como é que a

⁶⁸ A Jurisprudência tem procurado vivificar os critérios da doutrina que cita, debatendo-se, porém, com a falta de critérios seguros perante a complexidade dos casos concretos. Exemplo muito significativo dessa dificuldade constata-se no

configuração da posição de garante se confronta com a ideia básica da tese de JAKOBS, que assenta no princípio de uma responsabilidade inerente à liberdade de organização e configuração do mundo definida a partir de esferas de competência e da delimitação dos correspondentes direitos?

O critério de solução procurará o equilíbrio entre uma ideia de presunção legítima da aceitação de responsabilidade pela proteção de bens jurídicos (reconhecimento do dever de agir, na base de uma regra clara e previsível da ação do agente) e uma ideia de responsabilidade inerente à liberdade de conformação do mundo, rejeitando-se as consequências mais amplas da tese de JAKOBS e as mais restritivas da teoria tradicional das posições de garante.

Com efeito, JAKOBS tem razão em duas coisas: na indiferenciação de ações e omissões em âmbitos que se inserem na esfera de organização, liberdade de conformação e competência (geral) do agente (sendo aí insuficiente a referência às posições de garante

voto de vencido constante do Acórdão do STJ de 9-jul.-2003, Proc. 03P167, em que o juiz vencido não qualificou como preenchendo uma posição de garante a situação do filho que, vivendo numa relação de proximidade com a mãe acamada, a deixou sem a adequada assistência durante vários dias. Se para o tribunal, o critério bastante foi “uma relação de proximidade capaz de gerar o dever jurídico de assistência”, para o autor da declaração de voto não basta uma dedução da posição de garante a partir do “dever de prestar alimentos aos ascendentes, que é um dever jurídico com o sentido e a dimensão que lhe assinala o artigo 2009º, nº 1, alínea b), do Código Civil” e mesmo a proximidade física do arguido em relação à mãe, exigindo ainda capacidades pessoais específicas para evitar o resultado.

Nesta declaração de voto, a posição de garante transcende uma “conceção minimalista” que a associa automaticamente ao dever legal para ser antes referida ou condicionada por uma espécie de controlo fático do curso dos acontecimentos, articulando o dever de assistência ao ascendente, no caso, com um requisito de capacidade de ação. O juiz vencido refere mesmo que “o arguido não possuía as adequadas condições pessoais para satisfazer as expectativas comunicacionais próprias do monopólio de facto da situação”, elegendo uma condição de capacidade sócio-psicológica como critério adicional ao dever legal e ao estatuto da posição de garante.

como fundamento de deveres jurídicos); e na restrição da equiparação da omissão à ação em situações em que os deveres de proteção e de salvamento não decorrem da organização geral da vida pelo indivíduo (em articulação com os seus poderes gerais de ação), mas de uma competência e uma responsabilidade específicas.

No último caso, na realidade, a utilização de uma teoria material das posições de garante (que inclui o “monopólio” ou até a “comunidade da vida”) não encontra um princípio fundamentador juridicamente aceitável que permita distinguir a relevância jurídica da puramente ética. No entanto, a redução de toda esta problemática à determinação de competências pela organização da vida (e inerente responsabilidade) pode levar a uma responsabilização por omissão onde não seja previsível para o agente a responsabilidade inerente à sua atividade, por falta de uma (ainda que implícita) autovinculação ou assunção de responsabilidades. Por outro lado, a existência de um *status* especial implicará um reencontro com a teoria das posições de garante, na medida em que não se pretenda formalizar excessivamente esse *status*, implicando as dificuldades inerentes na determinação de juridicidade dos deveres de proteção ou de salvamento⁶⁹.

Uma formalização excessiva do *status* especial levaria a soluções chocantes, como a negação de uma equiparação da omissão à ação quando o médico que não pertence ao serviço não volta a ligar a máquina através da qual o doente sobrevive e que se desligou acidentalmente ou, sobretudo, a negação da própria ação, no caso em que um médico que não pertence ao serviço desligue a máquina⁷⁰. Também aí a falta de um estatuto especial formal

⁶⁹ Cf. a nota anterior e o acórdão aí citado. Com efeito, no caso jurisprudencial referido o *status* especial do agente não é suficiente para configurar a juridicidade em concreto dos deveres de salvamento.

⁷⁰ Criticando o mesmo exemplo, RODRIGUES, M. FELINO, em *Aspectos do Crime Comissivo por Omissão* (relatório de mestrado), 1996/97, remetendo contra a tese de JAKOBS as críticas às teorias formalistas (sobre a origem do dever jurídico) da posição de garante.

perante o doente não obsta à aceitação implícita por qualquer médico de um tal encargo em nome de uma autovinculação na relação social a condutas protetivas de esforço mínimo, em situação de grave risco para a vítima.

A ideia de uma legítima atribuição de aceitação implícita pelo agente excluirá a responsabilidade nas situações em que não seja possível admitir que o agente aceitaria o dever de ação se pudesse ter sido confrontado com ele antes de iniciar o comportamento que se revelaria perigoso. Assim, se o agente vai com um amigo esquiar e se dá uma avalanche que soterra este último não é aceitável equiparar a omissão de socorro à ação causal homicida. Com efeito, apenas se se entendesse que condição da liberdade de levar o amigo para um sítio perigoso seria salvá-lo em caso de acidente poderia ser admissível a atribuição de um tal significado à aceitação implícita de deveres inerentes à comunidade de risco criada. Aquilo que JAKOBS poderia atribuir a um *output* de risco exterior à competência organizativa do agente é melhor explicado pela ideia de uma autovinculação do agente implícita na relação social.

Igualmente nos casos de monopólio acidental (que JAKOBS terá que excluir da equiparação da omissão à ação pelo seu critério de competência organizacional) a ideia de autovinculação implícita permite demonstrar que é ilegítimo equiparar a omissão à ação. Se *A* passeia à beira-mar e vê *B* a afogar-se, é sofisticado excluir a responsabilidade homicida por não haver uma competência organizacional perante o risco (ou por não ser condição da liberdade de passear à beira-mar salvar os turistas em perigo). Mais credível é a explicação de que não se pode ficcionar (legitimamente) qualquer aceitação ou autovinculação do agente a um dever de evitar a morte de outrem nesses casos de monopólio acidental.

Por outro lado, já é mais discutível a solução do caso em que *A* acompanha *B* a um hotel para ter relações sexuais (contratadas anteriormente) e *A* vem a ter um ataque cardíaco. Apesar de condição da “liberdade” de *A* “contratar o sexo” com outra pessoa não ser o dever de proteção da vida daquela, em geral, parece ser razoável

(contrariamente ao resultado a que deveria chegar JAKOBS) imputar à omissão o resultado morte, pois na relação (ainda que acidentalmente estabelecida) há uma aceitação implícita de responsabilidade pelo próprio corpo do outro (que abarca a vida de quem se prostitui)⁷¹. Há em casos destes, sempre, pressupostos culturais que têm de ser atendidos.

5. As questões concretas enunciadas no ponto 3 deverão ser confrontadas com o plano anteriormente referido. A violação de um dever jurídico que pessoalmente obrigue o agente, a que se refere o artigo 10º, nº 2, do Código Penal, integrará, sem violação do princípio da legalidade, a ingerência ou as situações de comunidade de vida?

A exigência de dever jurídico que pessoalmente obrigue o agente não corresponde, manifestamente, apenas a um dever legal, pois em geral não se está a pensar em deveres legais de evitar concretos resultados, mas apenas em deveres legais de proteção e controlo dos quais pode decorrer um dever de evitar certos resultados. Assim, nesses casos, como nos casos dos deveres de assistência dos pais ou cônjuges, o dever legal não se confunde com o dever jurídico de evitar o resultado, pois há um espaço lógico entre o primeiro e o último: o de inferência do concreto dever de evitar o resultado a partir da genérica previsão do dever legal de proteção ou de assistência.

⁷¹ Caso com algumas semelhanças com um caso verídico referido por KADISH, S./SCHULHOFFER, S. em *Criminal Law and its Processes, Cases and Materials*, 6ª ed., 1995, p. 194 e ss.. Nesse caso [*People v. Beardsley*, 150 Mich. 206, 113 N.W. 1128 (1907)], o agente passou um fim de semana com uma mulher com quem não era casado. Durante esse período, a mulher ingeriu uma dose letal de morfina e o agente não chamou o médico. A mulher morreu e o agente foi condenado por homicídio (*voluntary manslaughter*). O Supremo Tribunal, todavia, revogaria a decisão com fundamento na inexistência de um dever legal de proteção e assistência, qualquer que fosse o dever moral do agente.

Se existe um dever legal de assistência ou proteção, o dever jurídico de evitar o resultado derivará de uma razão não especificamente prevista na lei, embora nela apoiada, segundo a qual o agente passou a estar, em concreto, obrigado a evitar resultados danosos para o bem jurídico. A não confusão entre deveres legais e jurídicos patenteia-se, aliás, na existência legal de um dever geral de auxílio que não é, enquanto tal, fonte de posição de garante. A sua aplicação antes pressupõe que uma posição de garante não exista, destinando-se essa norma, subsidiariamente, a fomentar uma conduta solidária sem pretender exigir do agente uma responsabilidade pelo facto de não ter evitado o resultado.

A investidura, por força da lei, numa posição de garante há de resultar da identificação de uma posição juridicamente reconhecida de controlo sobre os perigos para o bem jurídico. O dever jurídico que é inerente à equiparação da omissão à ação transcende um mero dever legal de auxílio ou assistência para se identificar com uma posição social, inerente à delimitação de esferas de atividade de cada um e de risco permitido perante os bens jurídicos, do qual deriva o reconhecimento das possibilidades de controlo dos perigos. A esta luz afigura-se insuscetível de ser fonte do referido dever jurídico uma posição de monopólio acidental em que o agente não poderá contar com o ser investido numa obrigação de evitar os resultados nem poderia ter evitado tal situação. Nesses casos, não existe uma delimitação estável e previsível do âmbito da responsabilidade do agente em relação aos bens jurídicos alheios.

Situação mais problemática é, porém, a ingerência em que o agente criou uma situação anterior de perigo para o bem jurídico.

O artigo 200º do Código Penal parece reduzir essas situações a uma mera omissão do dever geral de auxílio agravada, parecendo afastar a possibilidade de a ingerência ser fonte de posição de garante. Mas tal leitura não é correta.

Assim, pelo menos a ingerência a partir do ato ilícito⁷² corresponde a uma situação de perturbação de delimitação das esferas de organização da vida de cada pessoa em que o agente assume, sem lhe ser permitido, o controlo sobre os bens jurídicos alheios, retirando, até, anormalmente, à vítima do primeiro comportamento ilícito um poder de controlo sobre os seus bens jurídicos. Nesses casos, não tem cabimento reduzir o problema ao âmbito do artigo 200º, que se refere a um princípio de solidariedade, em certos casos de grave necessidade, mas em que o legislador prescinde de qualquer conexão com o resultado concreto, procurando, antes, evitar em geral perigos para certos bens jurídicos, através de uma certa regulação da atividade social nessas áreas.

No caso de a ingerência na esfera jurídica alheia ter resultado de ato lícito é mais duvidosa a possibilidade de delimitar um dever jurídico⁷³. Todavia, não deixa de se poder manifestar nesses casos, ainda, uma ultrapassagem da esfera de risco própria e de violação, ainda que objetiva, do risco permitido, uma invasão da esfera alheia como consequência do normal risco permitido ou até apenas uma invasão da esfera alheia como consequência do normal risco de vida social, as quais justificarão em qualquer caso uma assunção de responsabilidade pelos bens jurídicos alheios.

⁷² Para DIAS, J. DE FIGUEIREDO a ingerência não é consumida pelo artigo 200º, nº 2, exactamente pela razão de subsidiariedade desta norma. Porém, no seu texto,

FIGUEIREDO DIAS não tomava verdadeiramente posição sobre a relevância da ingerência a partir de ato lícito, deixando em aberto essa possibilidade. Para este autor a interpretação sistemática correcta do artigo 200º é a de que a “omissão de auxílio só entra em questão onde não exista um dever de garante do agente pela não verificação do resultado”. Cf. “A propósito da “ingerência” e do dever de auxílio nos crimes de omissão”, anotação jurisprudencial em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 116, 1983/1984, nº 3706, pp. 18-24. No entanto, atualmente no seu Manual, FIGUEIREDO DIAS admite que a ingerência lícita possa gerar uma posição de garante (*ob. cit.*, p. 946).

⁷³ As jurisprudências alemã e italiana tendem a negar esta possibilidade (cf. sobre a doutrina e a jurisprudência alemãs, STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 282 e ss.; cf., igualmente, FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto Penale, Parte generale*, 3ª ed., 1995, reimpr., 1999, p. 550 e ss.).

Assim, por exemplo, se alguém provoca um acidente inevitável, sem qualquer culpa, porque o automóvel que conduzia tinha um defeito mecânico, não deixaria de dever tentar evitar a morte dos sinistrados, socorrendo-os, pois a esfera da sua liberdade de atuação interferiu, involuntariamente, com a de outros, deixando-os numa situação de impossibilidade de controlo sobre a sua sobrevivência. A liberdade de ação do agente transferiu para ele o domínio sobre uma esfera de ação alheia.

O facto de o artigo 200º do Código Penal consagrar no nº 2 uma situação de ingerência como circunstância agravante da violação do dever de auxílio não impedirá que a ingerência fundamente um dever de evitar os resultados lesivos para um bem jurídico, pois tal norma é subsidiária e não absorve e exclui tal possibilidade. Nomeadamente, onde não se lograsse obter uma conexão de risco⁷⁴ ou de causalidade relevante entre a omissão de socorro e o resultado morte, já que, por exemplo, a vítima mesmo que socorrida faleceria, também aí, pese embora a não incriminação nos termos do artigo 10º, nº 2, teria ainda sentido a incriminação nos termos do artigo 200º, por não deixar de se verificar o crime omissivo puro, enquanto crime de perigo abstrato-concreto.

Resulta, assim, do que se disse que o que permite identificar, na ingerência, um dever jurídico é uma ultrapassagem da esfera de liberdade de ação própria e a consequente instituição numa posição de responsabilidade sobre os bens da esfera invadida.

⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS delimita a relevância da ingerência enquanto fonte de um dever de garante pela sua potencialidade causal, isto é, pela sua relação direta com a possibilidade de perecimento do bem jurídico. Assim entende que “se um ciclista provoca um desastre, atropelando um peão e causando-lhe levíssimas escoriações, ele não se torna por força da ‘ingerência’, garante da não produção da morte que eventualmente sobrevenha por infeção das feridas ou por hemofilia”, *text. cit.*, p. 56.

Tal delimitação situa-se, porém, já no plano da causalidade da omissão e não parece prejudicar *ab initio* uma relevância do dever de garante, nomeadamente se o agente conhecesse a hemofilia da vítima ou se fosse previsível uma infeção das feridas.

Fundamental para que se constitua o dever jurídico é a necessidade de compensar as consequências da intromissão na esfera alheia, da relativa perda de controlo da vítima sobre os seus bens jurídicos, segundo um princípio de responsabilidade. O princípio subjacente à ingerência é o que resulta de uma articulação entre responsabilidade pela sua liberdade e a igualdade. Com efeito, se não fosse pressuposto um dever de compensar consequências indiretas da situação criada permitir-se-ia um alargamento da liberdade de ação de uns à custa do sofrimento dos outros.

Estes pontos de vista subtraíram, porém, da fundamentação do dever jurídico pela ingerência o dever jurídico de evitar as consequências para o agressor da legítima defesa ou de qualquer outra causa de justificação⁷⁵, mas não terão de exigir uma autêntica ilicitude do comportamento anterior, bastando que se dê uma contrariedade objetiva ao dever, de modo que a vítima não esteja na posição de ter de suportar, pura e simplesmente, a intromissão na sua esfera jurídica ainda que accidental.

⁷⁵ Neste sentido, igualmente, STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 283, mas impondo-se sempre o dever de minimizar e reparar os danos para terceiros, como no direito de necessidade, e DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *text. cit.*, p. 56.

§ 4º – O comportamento típico

A – A tipicidade da ação: sentido e função

1. O ponto de partida da construção de um sistema de análise do crime foi para a conceção clássica a ação, numa dimensão que ultrapassa um significado específico de ação para o Direito, isto é, um significado exclusivamente atribuído pelo Direito. Também o pensamento finalista procurou um conceito de ação, comum a todas as ciências, uma emanção das estruturas concretas da vida (*Lebenkonkrete*), na sua busca de um ponto de apoio na “dignidade ontológica” da definição de crime.

Assim, dizia WELZEL que não é o método que determina o objeto do conhecimento, mas o inverso⁷⁶, recusando uma ausência de relação, de determinação e de condicionamento entre a facticidade e a realidade, por um lado, e o mundo dos valores e dos significados, por outro lado.

Esta vinculação da normatividade à dimensão ontológica seria mesmo o pressuposto do reconhecimento de vinculatividade do Direito pelos seus destinatários, o modo de o Direito cumprir o seu papel de ordem social⁷⁷.

Concretizando, para WELZEL, não seria logicamente consistente que o Direito usasse conceitos de significado arbitrários, autonomamente definidos pelo legislador ou pelo intérprete, que não estivessem suportados pelas estruturas da ação na vida real. Deste modo, por exemplo, matar intencionalmente não poderia ser definido pelo legislador sem qualquer relação com uma ação

⁷⁶ “Nicht hat sich der Gegenstand nach der Methode, sondern die Methode nach dem Gegenstand zu bestimmen”, que traduzo como: o objeto não é de definir segundo o método, mas sim o método segundo o objeto, em “Strafrecht und Philosophie”, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 3.

⁷⁷ Cf. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán* (trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez da 11ª ed. alemã de 1969), 4ª ed., 1997, p. 37 e p. 44 e ss.

de antecipação do resultado morte e escolha dos meios causais adequados a esse fim. Matar não poderia ser um ato puramente construído a partir de um significado que se pretende atribuir em certos termos ao comportamento de uma pessoa, uma pura questão de linguagem e de significado escolhido pelo legislador ou pelo intérprete.

2. Os tipos penais seriam exatamente os quadros jurídicos de descrição dessas estruturas concretas de comportamentos, em que a atribuição do nome de uma certa figura comportamental estaria (ou deveria estar) associada à mesma estrutura.

Os tipos legais descreveriam as concretas formas de comportamentos da vida real que corresponderiam às figuras de crime eleitas pelo legislador. O seu papel seria, portanto, uma identificação dessas estruturas comportamentais a que, em certo momento histórico, se teria pretendido atribuir o valor de crimes.

Nesta visão das coisas, a tipicidade teria um papel de identificação de uma forma de comportamento real e apelaria para uma correspondência entre a valoração normativa e uma espécie concreta de ação. Antes do juízo de valoração do comportamento do agente, caberia ao tribunal constatar se a estrutura real correspondente ao comportamento descrito se verificara⁷⁸, isto é, se ocorrera a base de facticidade caracterizadora de uma manifestação de vida em concreto a que o legislador atribuiu o valor de crime.

Nesse sentido, a tipicidade não seria nem a atribuição de desvalor nem em si mesma o fundamento do desvalor, mas apenas a descrição da facticidade, da fração da realidade da vida, em que se apoiaria o desvalor para o Direito, a que o Direito apenas se referiria e que o Direito não inventaria, a pura matéria de proibição.

⁷⁸ Cf. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, ob. cit., p. 58 e ss.

A função da tipicidade, enquanto juízo, seria, consequentemente, o reconhecimento da manifestação concreta de uma estrutura comportamental, e não apenas a correspondência entre o significado social de um comportamento pressuposto pelo legislador e um facto concreto.

Dito de outro modo, WELZEL acentuaria que o trabalho do juiz penal não seria a verificação arbitrária de um concreto sentido social da ação à luz das valorações da lei interpretadas pelo juiz, mas sempre a verificação na ação concreta do agente de um modelo de ação, de uma certa estrutura caracterizadora de matar, furtar ou corromper. Assim, é claro o exemplo que dá de que uma “injeção fatal” é diferente de um “matar friamente por meio de uma injeção”. Só este último caso seria referível ao tipo penal do homicídio, revelaria a estrutura comportamental típica e impediria o intérprete de qualquer subjetivismo e criatividade jurídicas⁷⁹.

Assim, o intérprete estaria sempre vinculado a procurar a estrutura comportamental fáctica subjacente à conduta eleita pelo legislador, não podendo fazer corresponder sentidos sociais simbólicos aos factos concretos nem aos tipos legais de crime em que uma certa estrutura fáctica (não necessariamente naturalista) não estivesse presente. Voltando ao exemplo da injeção no corpo de uma pessoa para lhe administrar um medicamento que combate uma infeção, não seria matar se o efeito morte se tivesse produzido como efeito colateral não pretendido, ao qual a injeção não estaria instrumentalizada.

3. É claro que este sentido de tipicidade como vinculação à estrutura racional fáctica não dispensa nem a linguagem com que comunicamos nem os contextos culturais em que os factos se verificam. O que é mais significativo, porém, é que a descrição

⁷⁹ Cf. WELZEL, H., “Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft”, em ob. cit., p. 350.

de um comportamento como um comportamento de certa espécie seja transcendente à definição pela norma jurídica e tenha como referência uma identidade comum para vários critérios sociais ou científicos de identificação da espécie de facto. Deste modo, descrever como homicídio consumado a mera elevação do risco de um resultado, em que um nexo de causalidade entre essa elevação do risco e o resultado não se conseguem determinar, será admitir que o Direito prescindia da identificação do facto como causa da morte de acordo com a análise científica extrajurídica de uma concreta relação causal.

Torna-se claro que se entende que a tipicidade é uma categoria que não tem lugar autónomo numa construção puramente neoclássica e naquilo a que se poderá chamar um puro normativismo concetualista. Diferentemente, a partir da tradição de BELING e com a reconstrução da ação final de WELZEL, a tipicidade é a categoria que procura estabelecer o vínculo com a facticidade extrajurídica, como uma espécie de “referente de realidade”, que se afasta de um qualquer criativismo normativista de comportamentos proibidos, em que não haja a correspondência com uma certa estrutura fáctica na sua componente objetiva e subjetiva.

Todavia, como se disse, a tipicidade nessa sua função de vincular a linguagens não puramente jurídico-normativas a qualificação de um comportamento como crime também não se vincula a um naturalismo objetivista, mas há de incluir descrições da realidade que considerem as vivências mentais, a relação inter-individual e a decorrente construção de sentido, os dados da história e da cultura, em suma, uma identidade dos factos pré-jurídicos ou extrajurídicos que configuram o referente comum, subjacente à racionalidade da linguagem, com que comunicamos e interagimos. Só nestes termos tem cabimento definirmos a interpretação permitida das normas incriminadoras pelo sentido possível das palavras.

B – Tipo de crime, tipo de garantia, tipo de ilícito, tipo de culpa

A partir desta função da tipicidade é concebível fazer derivar diversos conceitos instrumentais de tipo. É distinguível desde logo um tipo de garantia como o conjunto dos fundamentos do qual decorre uma figura delitiva identificável pelos seus destinatários e que os pode advertir sobre a identidade da conduta punível, como matar uma pessoa (artigo 131º do Código Penal), burlar (artigo 217º) ou ser corrompido (artigo 373º), mas incluindo ainda todas as circunstâncias de que depende a punibilidade, como as chamadas condições objetivas de punibilidade⁸⁰. Por exemplo, nos crimes de insolvência dolosa, a declaração judicial de falência (artigo 227º, nº 1) e, no incitamento ou auxílio ao suicídio, o suicídio ou tentativa de suicídio da vítima (artigo 135º, nº 1).

Mas, para além desta conceitualização imediatamente associada ao princípio da legalidade, também para efeitos de qualificação jurídica do facto ou, noutros termos, para efeitos da imputação jurídica do facto ao agente, se costuma referir o chamado tipo de ilícito. O tipo de ilícito corresponde verdadeiramente à matéria ou objeto da proibição inerente à norma incriminadora, aos aspetos do facto que identifica essa matéria. Assim, no homicídio, o tipo de ilícito será o matar uma pessoa, no furto, a subtração de coisa alheia e na burla a determinação de outrem à prática de factos que causem a alguém prejuízo patrimonial através de provocação astuciosa de erro ou engano. O tipo de ilícito será, em suma, o conjunto dos elementos objetivos e subjetivos do facto que configuram o comportamento proibido. Por exemplo, no homicídio, produzir a morte de outrem através de uma ação orientada para esse resultado⁸¹. Do tipo de ilícito faz, assim, parte, tanto o aspeto

⁸⁰ Circunstâncias referidas nos tipos legais de crime de que depende a punibilidade de um facto típico, ilícito e culposo, isto é, para além da ilicitude e da culpabilidade, o que especificamente determina o merecimento da pena, como razões de oportunidade social de punir.

⁸¹ Cf., em C, a análise dos elementos constituintes dos tipos incriminadores.

objetivo lesivo de bens jurídicos (ou pelo menos do perigo para os mesmos) como o aspeto subjetivo da direção da vontade para um certo fim, o controlo (ou controlabilidade) do comportamento.

Também se fala, por vezes, de tipo de dolo ou de tipo de erro como a fração do tipo legal de crime que corresponde ao objeto necessário da direção da vontade do agente, ao seu dolo como representação e vontade de realização do facto típico, nos termos do artigo 14º do Código Penal. Trata-se de delimitar o que é relevante ou essencial no conjunto de factos e circunstâncias do tipo legal de crime para poder afirmar o dolo do agente. Por exemplo, no crime de homicídio, é elemento do tipo de dolo o facto de o objeto da ação ser uma pessoa (e não um animal), mas não, em geral, a identidade concreta da pessoa. Se existir, como se verá mais à frente, um erro sobre a identidade da pessoa (se o agente matar *A* em vez de *B* esse erro será irrelevante, pois aquela circunstância concreta não é objeto do tipo de dolo).

Também se poderá falar de um tipo de culpa referindo todas as circunstâncias valoráveis para a censura do agente pela prática do facto, desde a motivação às condições e oportunidades concretas da motivação pela norma ou de aquisição da consciência da ilicitude do facto. Assim, por exemplo, a existência de um perigo para a vida do agente ou de terceiro, uma situação de coação moral, uma motivação de compaixão pela vítima, um estado psíquico alterado, um erro, etc.

C – Os elementos da estrutura dos tipos legais de crime e os tipos de tipicidade

1. Na estrutura de qualquer tipo legal de crime, são diferenciáveis em geral vários elementos, na perspetiva da referência dos tipos a uma ação. São tais elementos: o sujeito, a ação propriamente dita ou a omissão, o objeto da ação ou da omissão, o resultado e o bem jurídico. É da caracterização destes elementos que podem surgir especificidades nos diferentes tipos legais que justifiquem

importantes classificações conceituais dos tipos legais de crime, de que se falará mais à frente.

2. O sujeito da ação é, de um modo geral, uma qualquer pessoa física⁸², mas em certos casos poderá ser uma certa categoria de pessoas em função do seu estatuto, como por exemplo, os funcionários

⁸² O Código Penal prevê igualmente, no artigo 11º, nº 2, a responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de Direito internacional público, no que se refere a um conjunto de crimes previsto na mesma norma.

A responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas depende ainda de um conjunto de condições previstas nesse artigo, nas suas diversas alíneas e pressupõe uma forma específica de imputação à pessoa coletiva da atuação de agentes em certa posição, identificada como de liderança, que atuem em nome e no interesse da pessoa coletiva ou “sob a autoridade” das pessoas coletivas através da violação dos “deveres de vigilância ou controlo” que lhes incumbem.

A responsabilidade penal das pessoas coletivas suscita uma análise especial da teoria do tipo e em geral de todos os elementos do crime, configurando uma forma especial de infração a partir da natureza do autor do facto.

A primeira questão que suscita a responsabilidade penal das pessoas coletivas é a da capacidade de ação e do sentido em que se afirma uma ação típica nos casos em que a responsabilidade penal lhes é atribuída.

A conceção de ação que foi referido nestas lições está desenhada para a pessoa singular, mas a sua estrutura final e a sua base ontológica não são totalmente prescindíveis na “atuação das pessoas coletivas”, em que os agentes que atuem em seu nome e interesse sejam meros executores de uma orientação da ação que decorra dos modos de revelação da vontade coletiva.

Tal como WELZEL falava de um conceito cibernético de ação para exprimir um *output* do agente e uma configuração do ambiente pela ação final, também essa mesma perspetiva é suscetível de ser traduzida no “modus faciendi” das pessoas coletivas, através dos seus meios de configuração de vontade e de intervenção social.

A utilização do conceito de ação como referente da atuação social das pessoas coletivas é concebível não tanto por uma simples analogia entre entes e formas de atuação social, mas, sobretudo, como critério de aferição da possibilidade de uma alternativa de atuação, de modo idêntico ao que STRATENWERTH refere a propósito de ausência de ação final real nos comportamentos negligentes ou omissivos, como pura capacidade de condução de processos e de modificação de cursos de acontecimentos, uma espécie de “finalidade potencial” como “fundamento e o limite mais externo da imputação subjetiva” (cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 58).

públicos (artigo 372º e ss.). Nesses casos, estaremos perante os chamados crimes próprios, também por vezes designados de específicos. Por vezes, a qualidade do autor é determinada em função da violação de deveres especiais que recaem sobre o autor não necessariamente por força do seu estatuto, mas devido a relações concretas com certos bens ou interesses, que justificam os referidos deveres, como acontece nos crimes de infidelidade (artigo 224º). Trata-se de uma outra modalidade de crimes específicos. Entre os crimes específicos também se podem diferenciar aqueles em que a violação do dever é o fundamento da tipicidade, crimes específicos próprios, e os outros, em que a violação do dever é mero fundamento de agravação, como, por exemplo, acontecerá no caso da falsificação do documento nos termos do artigo 226º, nº 4, do Código Penal.

3. No que se refere à ação típica ela pode ser descrita nas suas modalidades executivas com determinação rigorosa, esgotando-se num único ato ou requerendo uma pluralidade de atos (crimes uni- e pluri-executivos). Neste último caso, existe uma unidade complexa do facto e o preenchimento do tipo requererá uma sucessão ou reiteração de atos conforme os casos e não bastará um facto singular. Assim se diferenciará entre tipos como o do homicídio e tipos como o de roubo (artigos 131º e 210º do Código Penal), em que se verifica a conjugação de uma subtração de uma coisa e uma coação ou mesmo ofensas corporais. Também se configuram tipos legais de crime constituídos por ações alternativas em que cada uma isoladamente é bastante

Também é pertinente neste contexto a caracterização da ação por WELZEL como fenómeno cibemético, isto é, acontecimento conduzido pela vontade (cf. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, ob. cit., p. 44). Sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas, cf. QUINTELA, T., *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e Actuação em Lugar de Outrem*, 2012, 2 vols. (em publicação).

para preencher o tipo de crime, não requerendo como nos casos anteriores qualquer cumulação. Assim acontecerá, por exemplo, na violência doméstica (artigo 152º) e nos maus-tratos (artigo 152º-A), mas também nas ofensas corporais graves. Por outro lado, quanto às diferentes possibilidades de produção de resultado nestes crimes, também o preenchimento de várias alternativas como, por exemplo, infligir maus tratos físicos e psíquicos e privações de liberdade, não implica a atribuição ao agente da prática de mais do que um facto típico, embora se repercuta, obviamente, na intensidade do ilícito.

Assim, CAVALEIRO DE FERREIRA esclarecia que “a insistência na execução de um crime, por sucessivas ações dirigidas à produção do evento, não multiplica o número de factos criminosos”, entendendo que existiria uma unidade de evento jurídico e de evento material que determinaria a unidade do facto⁸³. Uma outra diferenciação muito relevante é a que se costuma fazer entre crimes permanentes e de efeitos permanentes. Nos primeiros, a ação está concebida como duradoura, de modo que a própria tipicidade é constituída como uma afetação persistente de bens ou direitos da vítima, nos segundos, embora a ação típica seja instantânea os efeitos lesivos persistem no tempo.

Os exemplos mais expressivos de crimes permanentes são os crimes do tipo do sequestro (artigo 158º), em que a ação consiste na detenção, prisão, manutenção presa ou detida uma pessoa ou numa qualquer forma de privação de liberdade. A ação típica consubstancia-se num ato concreto temporalmente definido de privação de liberdade e numa omissão de libertação da vítima durante um maior ou menor período de tempo. Na modalidade típica, prevista no artigo 158º, nº 2, alínea a) (tipo agravado ou qualificado), a privação de liberdade terá de durar mais de dois dias.

⁸³ Cf. FERREIRA, CAVALEIRO DE, *Lições de Direito Penal I*, 4ª ed., 1992, p. 147.

Nos crimes de efeitos permanentes, como o crime de furto (artigo 203º), apenas a lesão dos bens jurídicos persiste após a realização da ação típica, que consiste apenas na subtração de coisa alheia.

Quando estamos perante crimes permanentes, no primeiro sentido, a realização da ação típica inicia-se com o primeiro ato e dura até ao termo da lesão do bem jurídico, enquanto na segunda situação a ação típica se esgota numa certa atualidade e não persiste duradouramente. Esta diferenciação é importante para a fixação do momento da prática do crime e para a aplicação da lei penal no tempo, prevista no artigo 3º do Código Penal⁸⁴.

4. O objeto da ação é o ente sobre o qual recai a ação, produzindo um evento concreto. No crime de homicídio, o objeto da ação é uma pessoa independentemente da sua identidade. No crime de furto, o objeto da ação é uma coisa móvel alheia. A identificação do objeto da ação e do evento material produzido é complexa em certos crimes e mais difícil é distinguir o objeto da ação do objeto jurídico, como acontecerá, por exemplo, nos crimes contra o Estado de Direito (artigos 325º e ss.), em que aparentemente não há senão um objeto jurídico, a própria noção de Estado de Direito.

Assim, é, por vezes, difícil distinguir o objeto da ação de um puro objeto jurídico, normativamente construído. Em geral, a determinabilidade da ação típica é melhor atingida com uma configuração de um objeto da ação concreto e com um efeito produzido sobre o mesmo, impedindo-se uma redução da tipicidade à avaliação do significado normativo da ação, independentemente de estarmos perante tipos criminais que se esgotam numa atividade ou omissão ou em que se exige um evento ou resultado.

⁸⁴ Cf. acerca da distinção, entre outros, os Acórdãos do STJ de 14-mar.-1996, Proc. 048069 e da RPT de 20-dez.-2000, Proc. 0040750.

O que se assinala é que o objeto da ação é um aspeto da realidade sobre que a ação intervém, afetando ou modificando um certo estado de coisas, enquanto o objeto jurídico é a valoração desse estado de coisas para o Direito como bem jurídico ou interesse juridicamente protegido. No caso do homicídio, o objeto da ação é uma pessoa, o objeto jurídico ou o bem jurídico é a vida na sua valoração jurídico-constitucional.

5. A diferenciação entre objeto da ação e objeto jurídico está associada à importante distinção entre resultado e lesão do bem jurídico e às classificações de tipos que se elencarão seguidamente.

O resultado define-se como o evento (efeito sobre o objeto da ação) espaço-temporalmente destacado da ação e por ela determinado.

O bem jurídico, diferentemente, é o valor ou interesse que, como síntese categorial, é o objeto jurídico da norma incriminadora.

Esta distinção é necessária para organizar diferentes configurações dos tipos legais de crimes.

Em função da integração de um resultado ou da sua dispensabilidade, os tipos de crimes distinguem-se em crimes de mera atividade ou de omissão pura, por um lado, e crimes de resultado, por outro lado. Estes últimos podem ser comissivos por ação ou por omissão.

Em função da lesão do bem jurídico, os tipos criminais podem ser de perigo ou de dano, conforme requeiram, para que a tipicidade se consubstancie, uma mera criação de perigo (efetivo ou presumido) ou um dano lesivo do bem jurídico. Estas duas classificações, com critérios distintos, o do resultado e o da lesão do bem jurídico, não são congruentes em todos os casos. Assim, há crimes de mera atividade ou de omissão pura que são de perigo e outros que são de dano. É o que acontece no primeiro caso com o tipo de crime previsto no artigo 200º (omissão do dever de auxílio) ou no artigo 292º (condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas) e, no segundo caso, estará o crime de violação do domicílio ou perturbação da vida privada (artigo 190º), o qual é simultaneamente

um crime de mera atividade (ou em certas configurações de omissão pura) e de dano (lesão do bem jurídico intimidade da vida privada e direito à inviolabilidade do domicílio). Por outro lado, há crimes de perigo que são de resultado, como em geral acontece com os crimes de perigo concreto.

6. A estrutura específica dos comportamentos descritos nos tipos legais de crime é ainda especialmente relevante no que se refere à relação entre o dolo e o resultado, isto é, ao modo como se configura o chamado tipo de dolo e a respetiva congruência com o resultado típico.

Em geral, nos casos de crimes de resultado existe uma congruência entre a verificação do tipo objetivo e do tipo subjetivo. Isto é, o aspeto objetivo do tipo, incluindo o resultado, é o objeto do dolo e terá de se verificar efetivamente para a consumação do crime. Em certas configurações de comportamentos típicos, não é indispensável uma congruência entre a efetiva realização do aspeto objetivo do tipo e o dolo, de modo que embora o dolo tenha de incindir num resultado último, o crime considera-se consumado mesmo que este não se chegue a verificar. São os chamados crimes de resultado cortado ou parcial, crimes em que a matéria da proibição consiste numa atividade adequada à realização de um certo resultado e numa intencionalidade específica que orienta essa atividade. Integram-se nessa categoria de tipos, por exemplo, a denúncia caluniosa (artigo 365º), a denegação de justiça, e prevaricação, nos casos de agravação pela intenção de beneficiar ou prejudicar alguém (artigo 369º, nº 2) e vários crimes de aproveitamento, no âmbito patrimonial, como os crimes de burla (artigos 217º e ss.), a extorsão (artigo 223º), a usura (artigo 226º).

Nestes casos, o crime consuma-se mesmo que o resultado último não se verifique, bastando um eventual resultado intermédio, a realização de uma certa ação, adequada a obter o resultado último, como, por exemplo, no caso da burla, a aceitação da compra de um bem, mesmo antes da transferência patrimonial ter sido efetivada devido a burocracia bancária.

7. Estas classificações e diferenciações na análise estrutural dos tipos de crime são instrumentos importantes na qualificação de um facto como crime, revelando o modo como o legislador pretendeu caracterizar o comportamento proibido, acentuando a ação ou algumas modalidades ou a mera relação com o resultado de qualquer modalidade de ação (como acontece na distinção entre crimes de forma livre e de forma vinculada)⁸⁵, realçando uma específica orientação da vontade em detrimento da efetiva produção do resultado (crimes de resultado cortado ou parcial) ou destacando, por exemplo, uma certa duração da ação típica, nos crimes permanentes, ou ainda o caráter pluri-executivo e, por vezes, pluri-ofensivo, alternativo ou cumulativo, dos tipos incriminadores.

Estas classificações expõem o tipo de conduta que se pretende proibir e são decisivas para as operações de verificação da tipicidade objetiva e subjetiva e, em suma, para a qualificação do facto como típico. Embora só a título exemplificativo, poder-se-ão selecionar várias consequências importantes destas classificações:

- 1) Início e termo da realização da ação típica e verificação do *tempus delicti*;
- 2) Necessidade da verificação do resultado típico, e possibilidade de distinguir entre tentativa e crime consumado, associada à classificação de crimes de mera atividade ou omissão pura e crimes de resultado;
- 3) Delimitação do objeto do dolo, dependente da integração do resultado na conduta típica;
- 4) Diferenciação entre a prática de um ou vários crimes (problema de unidade ou pluralidade de ações);

⁸⁵ Cf. sobre tal distinção, DIAS, J. de FIGUEIREDO, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais: a Doutrina Geral do Crime*, tomo I, 2ª ed., 2007, p. 308 e ss.

- 5) Possibilidade de equiparar omissões a ações, associada à diferenciação entre crimes por ação e omissão e entre crimes de mera atividade ou omissão pura e crimes omissivos.

A análise estrutural dos tipos é fundamental para a qualificação jurídica e é instrumental da atividade do intérprete na determinação da tipicidade do facto.

D – Critérios gerais de delimitação e interpretação da tipicidade: a adequação social e o risco permitido

1. A autonomização da tipicidade na definição do crime pressupõe uma interpretação dos comportamentos típicos de acordo com o significado da descrição das ações na linguagem comum, o que corresponde ao sentido possível das palavras como limite da interpretação permitida relativamente à analogia proibida, nos termos do artigo 1º, nº 3, do Código Penal.

A referência dos comportamentos típicos ao conceito de ação humana, num sentido ontológico, isto é, a uma espécie de estrutura comum a todos os comportamentos que exprimem uma intervenção sobre o mundo a partir da pessoa, reconfiguradora do mesmo, expressão da liberdade de decisão, não é suficientemente delimitadora da tipicidade, por ser meramente a verificação de uma estrutura comportamental – uma espécie de quadro ou mapa em que o sentido global da realidade não está densificado.

WELZEL procurou preencher este quadro ontológico com alguns critérios que exprimiriam um referente da específica identidade das ações num contexto social e em que o objeto da proibição seria compreendido sempre como um comportamento já não tolerado socialmente. Por exemplo, o sequestro como privação da liberdade não corresponderia a uma mera impossibilidade de sair de um autocarro ou do metro a qualquer momento. Tais comportamentos só formalmente poderiam ser descritos como privações da liberdade, pois correspondem a atuações quotidianas

inseridas no nosso modo normal de relacionamento social. Da mesma forma, uma cortesia social a um funcionário, de valor patrimonial insignificante, não seria qualificável como recebimento de vantagem indevida ou corrupção.

Estar-se-ia perante uma filtragem do comportamento típico por sentidos socialmente vigentes que integráramos nos nossos conceitos linguísticos e se imporiam ao próprio legislador, que não poderia modificar criativamente esse sentido, criando uma nova linguagem, sem conexão com o entendimento comum.

Por outro lado, como dizia WELZEL, a adequação social exprimiria ainda um certo entendimento da liberdade de ação, “o estado normal de liberdade social de ação”⁸⁶.

De certo modo, o risco permitido seria um critério com a mesma função, relativo a atividades de risco imprescindíveis na vida social ou pelo menos toleradas, nas quais a proibição reclamaria que fossem ultrapassados patamares em que o risco de lesão de bens jurídicos se tornaria proporcionalmente mais pesado do que os benefícios da própria liberdade de ação para o agente ou para terceiros.

Apesar de ser possível detalhar sentidos específicos de adequação social e de risco permitido e estabelecer, com filigrana dogmática, diferenciações e funções diversas relativamente a tipos de casos, numa compreensão geral do tema tanto a adequação social como o risco permitido são critérios interpretativos que cumprem uma função que designaria como uma “valoração do relevante”⁸⁷, anterior à valoração do ilícito, divergindo neste ponto da doutrina portuguesa dominante⁸⁸.

⁸⁶ Cf. WELZEL, H., *ob. cit.*, p. 68.

⁸⁷ Note-se que WELZEL não associa a tipicidade à valoração do que é neutro, mas sim do que é relevante ou não relevante para o Direito.

⁸⁸ Cf. DIAS, J. de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, *ob. cit.*, pp. 291 e ss. e FARIA, M. P. Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais da Interpretação da Lei Penal*, 2003, pp. 7 e ss.

Com efeito, a perspectiva de que todo o sentido do comportamento proibido seria uma opção do legislador, prévia à configuração dos tipos incriminadores, e de que os tipos legais de crime não seriam senão concretizações de um sentido de ilicitude remete a adequação social ou o risco permitido para critérios valorativos de distinção entre o proibido e o permitido tais como as causas de justificação.

No entanto, tal como mais à frente se referirá, há uma significativa diferença de função destes critérios que ainda não decorrem de uma pura opção do legislador ou do sentido normativo implícito na norma, mas que são estruturas de sentido da própria linguagem e que constituem uma espécie de material comunicacional de que o legislador ou o intérprete não dispõe livremente. Seria um material pré-dado ou peças de uma construção de sentido variável, mas que limitariam o construtor ou o intérprete.

2. Significativo deste tópico é a mutabilidade histórica e social dos comportamentos. Essa não fixidez é muito importante quando se assiste, no nosso tempo, a uma modificação de padrões culturais e de rituais sociais.

Assim, comportamentos adequados socialmente, no passado, podem tornar-se não tolerados pela repercussão de novas representações de direitos ou deveres na atividade política, sendo exatamente esse espaço do adequado socialmente objeto de controvérsia e até luta política. Exemplos claros disto encontram-se no crime de importunação sexual (artigo 170^o), em que se poderá discutir, hoje, se o chamado “piropo” com conotação sexual pertence a esse espaço de liberdade social a que WELZEL se referia ou pelo menos se o crivo se tornou muito mais apertado. Também, inversamente, se poderá perguntar se a devassa da vida privada (artigo 192^o) não se tornou mais restrita, quando as redes sociais têm começado a alterar as concepções de privacidade pela constante divulgação de factos íntimos, em que as próprias pessoas visadas põem a circular esses materiais.

O critério da adequação social não só permite resultados diversos em tempos históricos diferentes, e sobretudo em tempos de rutura com costumes e tradições, como não é de excluir uma perspectiva sobre o papel do Direito avessa a uma comunicação entre as opções normativas e a linguagem social, em nome de um papel promocional do Direito. Assim, no exemplo referido da importunação sexual, há uma discussão cultural e política (num sentido amplo) entre posições mais conservadoras da comunicação entre os agentes sociais nessa área e posições mais inovadoras, em que o âmbito do tolerável é mais restrito.

O critério da adequação social é pouco eficaz nesses casos de divisão de opiniões, impondo-se, antes, a utilização de critérios oriundos do campo da argumentação política, critérios de racionalidade nas deliberações (não meramente expressão do *modus vivendi*) tais como os que são associados por RAWLS ao chamado consenso por sobreposição⁸⁹ e a um pluralismo razoável, em que apenas são banidas perspectivas inequivocamente impeditivas da realização dos direitos em confronto ou das concepções conflituantes. Essa ideia de razoabilidade na aceitação de um comportamento em função de um certo *quid* de liberdade social ultrapassa a adequação

⁸⁹ Para se esclarecer a ideia de consenso de sobreposição em RAWLS, chama-se a atenção para que uma sociedade bem-ordenada não é nem uma associação que assegure aos seus membros uma existência diferente em função da sua contribuição nem uma comunidade governada por uma doutrina abrangente partilhada. Uma sociedade bem-ordenada é governada por uma concepção política de justiça. E assim diz “o quadro de fundo justo para esse mundo social é dado pelo conteúdo da concepção política, assegurando que através da razão pública todos os cidadãos acedem ao ‘conhecimento’ do respetivo papel e partilham do mesmo modo os seus valores políticos”. O consenso de sobreposição caracteriza-se sobretudo por um acordo sobre a justiça como equidade, que atinge ideias como a da sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre os cidadãos como razoáveis, livres e iguais. Há, assim, no consenso por sobreposição, uma espécie de representação comum da sociedade e da justiça como espaço de coordenação, com critérios substanciais, a partir de concepções diferentes da vida, da religião, da política. Em última análise, a adequação social seria substituída por um parâmetro da razoabilidade social (cf. RAWLS, J., *O Liberalismo Político*, trad. João Sedas Nunes, 1993, p. 154).

social, na medida em que se refere explicitamente a critérios práticos de coordenação entre as liberdades de diferentes agentes conflituantes, que formam o conteúdo de relações de cidadania e proporcionam a delimitação das esferas de ação.

É claro que a partir desta lógica já se ultrapassou um referente totalmente a-normativo, um dado absolutamente pré-jurídico. No entanto, não se reduz a “valoração global” dos tipos incriminadores à apreciação intra-jurídica de opções normativas, associadas aos interesses protegidos, mas tem-se apenas em consideração uma espécie de parâmetro social externo, uma razoabilidade social na aceitação dos comportamentos. Esta limita a construção jurídica e precede a hermenêutica dos valores ou da concretização do ilícito típico.

Na delimitação de tipos criminais inovadores, esse instrumento da argumentação política seria um exemplo de filtro a considerar, um sucedâneo da adequação social, mas cumprindo uma função praticamente idêntica, e que poderíamos designar como uma limitação razoável das esferas de liberdade de ação por critério de cidadania.

3. Na jurisprudência portuguesa, por influência da doutrina, faz-se referência ainda ao critério de insignificância, para excluir do conteúdo formal da ilicitude comportamentos que materialmente não exibiriam dimensão suficiente para serem considerados relevantes. Segundo a jurisprudência, a insignificância excluiria comportamentos como, no crime de injúrias, afirmar que alguém “causa distúrbios” para impedir que entre num bar, mas já não no crime de furto a quantia de 40 euros⁹⁰. Há, assim, apelo a um critério vago de “repugnância à comunidade”, a partir da sensibilidade do juiz, da sua interpretação do que é sentido pela pessoa comum.

⁹⁰ Cf. os Acórdãos da RCB de 11-mar.-2009, Proc. 36/03 e da REv de 7-dez.-2012, Proc. 488/09, em que se considera que a insignificância exclui a tipicidade, porque o sentido social das condutas não seria a ofensa do bem jurídico.

É óbvio, porém, que o princípio da insignificância não poderá ser um critério de seleção de condutas criminais acrítico, dando eco às conceções discriminatórias ou de inversão da hierarquia constitucional dos valores. Em última análise, deverá ser uma manifestação do princípio da necessidade da pena.

E – O tipo objetivo e o tipo subjetivo e a conjugação do desvalor do resultado com o desvalor da ação

1. A estrutura do tipo de ilícito é analisável num tipo objetivo e num tipo subjetivo. O tipo objetivo engloba os aspetos que se têm de verificar independentemente da vontade do sujeito, constituindo o objeto da sua “representação e vontade”, tais como as características do próprio sujeito, o objeto da ação, as modalidades de execução do facto, o processo causal e o resultado. Por outro lado, o tipo subjetivo corresponde aos aspetos da direção da vontade do sujeito que revelam as espécies de dolo ou as especiais intencionalidades exigidas pelo tipo legal de crime.

2. A verificação de que o facto concreto se equipara aos aspetos descritos no tipo legal de crime não é apenas uma análise comparativa estática de correspondência subsuntiva ou mesmo de analogia concetual, mas inclui um momento de atribuição do facto ao agente, de imputação, de que se falará no parágrafo seguinte, como condição da identidade do facto concreto.

A imputação pressupõe um juízo de atribuição do facto ao agente no plano objetivo (imputação objetiva) e no plano subjetivo (imputação subjetiva).

Deste modo, a qualificação de um facto concreto praticado por A como matar nos termos do artigo 131º depende de se poder afirmar que uma certa ação associada a um resultado morte se revela como “causa” do mesmo ou, noutros termos, explica o surgimento daquele resultado de acordo com critérios de interpretação dos factos socialmente aceites, articulando um elevado risco de produção

de um resultado insito na ação com a verificação do resultado (imputação objetiva). E a qualificação do facto depende ainda do referido acontecimento, interpretado objetivamente como matar, ser objeto da vontade do agente a título de dolo (artigo 14º) ou pelo menos de negligência (artigo 15º), tratando-se, neste último caso, de imputação subjetiva.

Da conclusão sobre esta dupla imputação depende a verificação da tipicidade. Será essa dupla imputação, nas suas vicissitudes, o objeto dos parágrafos seguintes.

§ 5º – A imputação objetiva (a tipicidade objetiva)

A – Noção de imputação objetiva

A imputação é a característica dominante do juízo penal. Poder-se-á falar numa imputação da ação ou do facto ao agente que corresponde à atribuição do facto à esfera de controlo ou poder do agente. A imputação não é uma pura afirmação descritiva sobre o comportamento do agente, não se reduzindo a um puro juízo de facto, já que lhe é inerente o reconhecimento da conduta do agente como suscetível de responsabilidade em termos de culpa.

A afirmação da tipicidade da conduta do agente envolve, por isso, um ato de imputar, de atribuir o acontecimento lesivo de bens protegidos pela norma, ao agente, como manifestação do seu poder ou controlo subjetivo.

Essa atribuição ou imputação surge em duas dimensões, a correspondente à imputação objetiva e a correspondente à imputação subjetiva. A primeira diz respeito à temática tradicional da causalidade, a segunda à verificação do dolo ou dos momentos subjetivos da negligência.

A imputação é o cerne da afirmação da tipicidade de uma conduta, de modo que ultrapassa uma pura delimitação de um comportamento em abstrato passível de responsabilidade penal inerente à qualificação como ação.

A imputação objetiva foi reduzida à questão da causalidade entre a ação e o resultado por influência de uma identificação entre a objetividade e os critérios das ciências da natureza. A teoria da ação causal de VON LISZT e BELING revelava esse pendor e o pensamento penal subsequente, mesmo baseando-se em concepções da ação não naturalistas, continuou a tratar da causalidade como tema central da tipicidade objetiva.

B – As teorias da causalidade

A razão pela qual se estudam teorias da causalidade no Direito Penal assenta no facto de a verificação da tipicidade (preenchimento do tipo objetivo) pressupor que o facto descrito na norma (crimes de resultado) estabelece uma relação de causa e consequência entre a conduta do agente e o resultado. Os crimes de resultado descreveriam, assim, relações de causa e consequência.

Se a norma prevê que comete o crime de homicídio todo aquele que matar outrem, então se *A* empurra *B* e ele cai e morre será necessário saber se *A* matou, preenchendo, por isso, o tipo objetivo do crime de homicídio.

A teoria da *conditio sine qua non*⁹¹ resolve esta questão pelo seguinte processo: se eliminarmos (mentalmente, hipoteticamente) a conduta do agente *A* e o resultado morte subsistir não haverá causalidade; se, diferentemente, o resultado morte não subsistir, então haverá causalidade e preenchimento do tipo. Quais os casos em que a *conditio sine qua non* nega ou afirma, discutivelmente, a causalidade?

1º Casos de causalidade hipotética

Se a vítima vier a morrer na sequência de um disparo de *A*, embora estivesse condenada a morrer envenenada, por ter ingerido veneno, pouco tempo depois (ou mesmo naquele instante), a causalidade poderia ser afastada, segundo a fórmula da *conditio*, e, no entanto, é óbvio que o resultado se deveu ao comportamento efetivo de *A*.

⁹¹ Esta teoria pressupõe o conhecimento da causalidade geral, isto é, da lei causal que relaciona certos fenómenos. Onde tal conhecimento inexistir não pode a teoria da *conditio* permitir a realização de qualquer raciocínio hipotético. Assim, por exemplo, nos casos em que não se fixou, ainda, qualquer lei causal geral entre a ingestão de um medicamento pela mãe grávida e a malformação do feto, não é possível saber se a supressão da ingestão do medicamento seria acompanhada da supressão da malformação do feto. Mas já seria possível concluir desse modo, num caso concreto, se a lei causal estivesse estabelecida em geral (cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 78 e ss.).

2º Casos de interrupção do nexo causal

Se a vítima morrer porque fica ferida e a caminho do hospital tem um desastre de ambulância, persiste a causalidade e, no entanto, a morte deveu-se a uma circunstância imprevisível para o agente.

3º Casos de características especiais da vítima

Se a vítima ao ser empurrada cai e morre por ter uma fragilidade óssea (e apenas por isso), a teoria da *conditio* também afirmaria a causalidade apesar de ser imprevisível o resultado.

4º Casos de causas paralelas

Se a vítima morre devido a ter bebido um copo de leite envenenado em que *A* e *B* introduziram doses letais de veneno, a fórmula da *conditio* afastaria, absurdamente, a causalidade de qualquer uma das condutas.

5º Casos de causas imprevisíveis ou não habituais

No convite para o passeio de mota em que se sofre um acidente, a fórmula da *conditio* poderia afirmar a causalidade de um comportamento integrado num contexto social irrelevante para a responsabilidade penal.

6º Casos de intervenção dolosa de outrem

Se o agente fere a vítima, mas esta morre porque alguém impede o seu salvamento, a teoria da *conditio* afirma a causalidade apesar de ter existido um fator superveniente decisivo.

Por que é que a teoria da *conditio sine qua non* não resolve bem estes casos?

Os casos de causalidade virtual ou hipotética não são bem resolvidos, porque a conduta do agente lesou efetivamente o bem jurídico e seria enfraquecer as proibições de factos lesivos negar que elas se aplicassem nos casos em que outras causas pudessem concorrer para lesar os mesmos bens. Seria, aliás, dar relevância

(negativa), para excluir a responsabilidade, à causa hipotética ou virtual. Ora, isso só se justifica quando a causa hipotética revele que a proibição da norma é inútil, no caso concreto, não atingindo os objetivos de proteção dos bens jurídicos.

A situação anteriormente referida poderá revelar-se, com alguma plausibilidade, em exemplos em que o agente, mesmo não ultrapassando os limites de velocidade permitidos, sempre atropelaria a vítima que se atravessa repentinamente na estrada. Este tipo de casos, em que se utiliza um comportamento lícito alternativo como critério de exclusão da imputação, não são, propriamente, situações em que uma causa hipotética realizaria o mesmo resultado, mas são semelhantes, pois neles a conduta lícita é tomada como causa hipotética do próprio resultado. De qualquer modo, a sua problemática é distinta, podendo, eventualmente, admitir-se, em alguns casos, a inutilidade da proteção assegurada pela norma.

Mas, na generalidade das situações de efetiva causalidade hipotética, mantém-se a utilidade da proibição.

No caso do pai do condenado à morte na cadeira elétrica, que carrega no botão que aciona a cadeira elétrica em vez do “carrasco” cuja mão afastou a morte do condenado seria inevitável (naquele momento) mas a proibição de matar continua a ter de ser garantida, pese embora alguma eventual atenuação da responsabilidade em função da motivação. Também não se justifica um enfraquecimento da proibição no caso do agente que viola um limite de velocidade e atropela a vítima, vindo a suceder o mesmo, se aquele condutor não atropelasse a vítima, porque ela seria sempre apanhada pelo condutor do veículo que circulava na outra faixa.

Nestes casos, a utilidade da proibição mantém-se em geral não se tornando inútil a norma para evitar a lesão do bem jurídico, *ex ante*, embora *ex post* não o pudesse evitar.

Por outro lado, todos os casos de causas paralelas também revelam que podem ser eximidas de responsabilidade ações indiscutivelmente causais, em que existe até uma intensificação da causalidade.

Nas situações de imprevisibilidade, a causalidade afirma-se, onde, indiscutivelmente, nunca poderá existir uma responsabilidade penal por culpa, sendo o seu âmbito excessivo relativamente aos fins da responsabilidade penal.

A teoria da *causalidade adequada* vem restringir a *conditio sine qua non*. Segundo ela, uma conduta que é *conditio sine qua non* de um resultado é juridicamente relevante como causa do mesmo resultado, sempre que, colocada uma pessoa média no lugar do agente, antes da prática do crime, seja previsível aquele resultado.

Adotando um critério de previsibilidade, esta teoria consegue resolver bem os casos de interrupção do nexa causal⁹² e das características especiais da vítima, mas na causalidade hipotética ou nas causas paralelas, enquanto ainda parte da *conditio*, não consegue obter uma resposta satisfatória.

Todavia, a teoria da *causalidade adequada* tem dificuldades de aplicação que a tornam criticável independentemente das críticas que lhe advêm por pretender ser uma mera restrição da *conditio*. As dificuldades são as seguintes:

- 1ª Não consegue identificar o concreto critério de previsibilidade, deixando nas mãos do julgador a definição do grau de conhecimento do observador médio. Não distingue uma previsibilidade do resultado abstrato de uma previsibilidade concreta relacionada com deveres especiais do agente ou capacidades de prognóstico.

⁹² Note-se que a jurisprudência é pouco sensível às situações de interrupção do nexa causal, num contexto de elevado risco do resultado. Assim, o Acórdão da REv de 1-fev.-2005, Proc. 3037, por exemplo, entende que se mantém a imputação objetiva nos casos em que uma pancada adequada em abstrato a produzir a morte veio conduzir a esse resultado, no contexto de falta de assistência médica possível, que a tornaria evitável, em função da ausência de transporte adequado e atempado. Em casos deste tipo, não é de excluir que a própria formulação do juízo de causalidade adequada em concreto conduza à negação da causalidade. Com efeito, uma grave negligência no transporte ou no tratamento hospitalar transfere para essa outra atuação a explicação do evento típico. Veja-se mais à frente a teoria do risco.

Exemplos:

- a) Se A esfaqueia B na barriga e B morre de peritonite, a pergunta sobre a previsibilidade tem respostas diferentes conforme se tome como padrão a pergunta abstrata de saber se é previsível, em abstrato, que uma pessoa morra por causa de uma facada na barriga ou a pergunta concreta sobre se uma facada com certas características torna previsível a morte.
- b) Se A que vai receber uma anestesia para ser operada come antes e morre, a causalidade terá soluções diferentes conforme se pergunte se é previsível em geral, para o médico, que quem coma antes da anestesia morra ou se se perguntar se é previsível para o médico que uma pessoa que vai ser anestesiada coma antes da anestesia e, por isso, tenha de tomar as precauções para que esse acontecimento não se dê.

2ª Não resolve corretamente os casos de diminuição do risco.

C – A teoria do risco

Numa outra formulação, conclui-se que a imputação objetiva não pode ser reduzida à causalidade, na medida em que o comportamento típico é apenas aquele que é juridicamente relevante entre os comportamentos causais relativamente ao resultado, isto é intoleravelmente ameaçador para os bens jurídicos. Questionável é se a própria causalidade é irrelevante na perspectiva da ilicitude típica. Nesta última perspectiva, não seria sequer necessário pressupor a causalidade para realizar a imputação objetiva. A imputação objetiva impor-se-ia apenas em função do risco proibido para os bens jurídicos realizado pela conduta concreta. Estas concepções que se afastam decisivamente (mais ou menos intensamente) da causalidade formam o conteúdo da teoria do risco.

Segundo a teoria do risco, o Direito Penal teria, em última análise, uma função preventiva relativamente aos bens jurídicos, não sendo, por isso, de sustentar a imputação objetiva senão em face de perigosidade efetiva da conduta para o concreto resultado.

Seria, assim, a criação ou o aumento do risco proibido o fator decisivo da imputação objetiva de um resultado, sempre que houvesse uma conexão entre a criação ou aumento de risco proibido e o próprio resultado. A concretização do risco criado ou aumentado no resultado seria o critério da imputação objetiva.

D – A imputação objetiva como atribuição de eventos típicos subordinada aos critérios sociais de domínio ou competência relativamente a certos bens

1. A desvinculação da imputação objetiva da pura causalidade, nos crimes de resultado, corresponde também a uma exigência de ação (ao *act requirement*), pois só quando o resultado seja dominável pelo agente – e não puro acidente da sua atuação – se poderá atribuir a um determinado comportamento o significado de ação controlável em sentido normativo.

Se assim é, uma mera teoria da criação e do incremento do risco proibido não será, porém, suficientemente adequada para satisfazer uma exigência de ação controlável no plano normativo. A mera criação ou aumento de risco proibido sem uma conexão comprovada (concretização do risco) com o evento (como acontecerá na versão do caso do camionista que ultrapassa um ciclista embriagado sem guardar a distância devida, em que o ciclista cai e é esmagado pelo camião na sequência de uma condução oscilante ou de uma reação descontrolada ao choque luminoso) leva a que se imputem resultados derivados de processos causais acidentais, alheios ao concreto domínio pela vontade do agente.

Desta forma, a solução correta para o caso do ciclista embriagado deverá ser a não imputação, conquanto permaneça uma dúvida sobre se o cumprimento da distância obrigatória teria evitado o acidente. Não será relevante o mero facto de se ter provado um aumento de probabilidades do acidente, porque tal aumento significa apenas uma determinada potencialidade do comportamento e não a prova de que este se tenha traduzido no resultado.

A imputação objetiva não se justificará no caso da dúvida razoável, porque a censura penal tem necessariamente como fronteira (imposta pelo princípio da legalidade) uma estrita “correspondência” entre a descrição do facto pela norma e o facto verificado. Por outro lado, a função motivadora da proteção de bens jurídicos atribuída às normas não se mostra verdadeiramente frustrada no caso concreto numa situação em que o comportamento realizado, ainda que fosse omitido, não evitaria a produção do resultado descrito no tipo.

Assim, não se poderá converter, como parece resultar do pensamento de ROXIN⁹³, a dúvida sobre o que poderia ter acontecido (traduzível num juízo de probabilidade) num fundamento de ativação da função normativa⁹⁴. No caso do ciclista, se persistir uma margem de dúvida sobre a evitabilidade do acidente pelo comportamento adequado ao dever, tratar-se-á apenas de uma questão de facto, isto é, do objeto da proibição relativa à realização da ação típica ou à conexão de risco típico, objeto da prova no processo penal⁹⁵, apesar de o facto integrar aqui uma dimensão não naturalística, mas a própria evitabilidade do resultado.

⁹³ ROXIN, C., “Violação do dever e resultado nos crimes negligentes”, em *Problemas Fundamentais do Direito Penal*, cit., p. 235 e ss., e, em especial, pp. 258-261.

⁹⁴ ROXIN, afirma a tipicidade nos casos de processos causais inseguros ou em que o comportamento adequado ao dever conduziria ao mesmo resultado, com base no tipo de ponderações que levam à formulação do risco proibido. É a necessidade de que as normas de risco funcionem evitando a lesão de bens jurídicos que ofusca, quanto a este autor, o problema da causalidade ou da consequencialidade dos comportamentos.

⁹⁵ O problema é solucionado de modo idêntico ao propugnado por JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 226. Diferente é a solução de ROXIN, C., em “Violação do dever e resultado nos crimes negligentes”, *text. cit.*, p. 260. Referindo-se criticamente ao pensamento de ROXIN, cf. NEVES, J. CURADO, *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos*, 1989, p. 356 e ss. e MENDES, P. DE SOUSA, *Sobre a Capacidade de Rendimento da Ideia de Diminuição de Risco – Contributo para uma Crítica à Moderna Teoria da Imputação Objectiva em Direito Penal*, 2007, e ainda “O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Oliveira Ascensão em Comemoração do seu 70º Aniversário*, vol. II, 2008, p. 395 e ss..

Note-se que ROXIN rejeita totalmente a colocação da questão no plano da prova factual e o apelo ao princípio processual do “in dubio pro reo”, aplicando, nestes casos, a fórmula da “probabilidade próxima da certeza da verificação do resultado em função do aumento do risco” como critério da verificação do resultado, suficiente para a imputação.

Esta avaliação da probabilidade depende de uma ponderação normativa dos riscos e não de uma prova factual, pois ROXIN argumenta que nestes casos é indiscutível a causalidade propriamente dita. Alguns acórdãos da jurisprudência portuguesa utilizam o critério de ROXIN, mas conjugando-o com o apelo à “dúvida razoável”, em termos aparentemente próximos dos de FIGUEIREDO DIAS⁹⁶, isto é, exigindo que se coloque a questão de saber se o comportamento lícito alternativo suscitaria uma dúvida razoável sobre a probabilidade de “materialização” do risco do comportamento no resultado, situação em que se deveria negar a imputação do resultado.

Apesar de esta última via ser diferente da que é proposta por ROXIN, tendo naturalmente resultados práticos diversos, o Acórdão do TRE de 10 de dezembro de 2013 refere simultaneamente os dois critérios, seguindo, porém, o critério de ROXIN na *ratio decidendi*. Assim, este acórdão, tal como vários outros, não se confronta com uma opção básica entre, por um lado, uma apreciação valorativa de acordo com critérios de experiência ou conceções sociais sobre a gravidade concreta do risco em conexão com a produção do resultado e, por outro lado, a fundamentação da imputação na aferição da evitabilidade do resultado pelo cumprimento do dever. Apenas, nesta última via, se daria relevância excludente da imputação à dúvida sobre essa evitabilidade, e não sempre que o apelo ao comportamento lícito alternativo a puder suscitar pertinentemente, ainda que sem certeza de que o resultado se produziria igualmente.

⁹⁶ Ob. cit., p. 338, considerando na nota 38 a proximidade de um texto de minha autoria com a sua posição.

A referência pelo Acórdão do TRE de 10 de dezembro de 2013 a que seria impor ao Ministério Público uma “prova diabólica” se se exigisse a demonstração de que o comportamento lícito alternativo evitaria o resultado, bastando para a imputação que não se prove que o excluiria, é assim a abertura a uma imputação sem prova do facto. Seria uma definição do facto *in dubio contra reo*⁹⁷ considerar bastante a “potenciação do risco e a sua materialização no resultado típico”. Na linha de FIGUEIREDO DIAS, o citado acórdão adere à posição de STRATENWERTH no sentido de a imputação depender de o agente, comprovadamente, ter frustrado “medidas que teriam afastado, com uma certa probabilidade mesmo mensurável, sob certas circunstâncias, o resultado jurídico-penalmente relevante”⁹⁸, tese que, na prática, corresponde ao critério de ROXIN.

Em suma, a exclusão da dúvida sobre a potenciação do resultado e materialização do risco não pode ser só determinada pela mera ausência de *certeza* de inevitabilidade do resultado típico (mesmo realizando o comportamento lícito) como parece ser, na prática,

⁹⁷ Cf. o Acórdão da REv de 10-dez.-2013, Proc. 30/03, que revela, exemplarmente, esta tensão ao simultaneamente conjugar a teoria de ROXIN com o *in dubio pro reo*, dizendo “sucede que não ficou demonstrado – não no sentido da certeza prático-jurídica, mas da instalação de uma dúvida razoável sobre essa circunstância – que o resultado fosse inevitável”. Esta fórmula parece concordar com o texto, bastando-se com a dúvida razoável de que o resultado seria evitável, através do apelo ao comportamento lícito alternativo, mas logo após esta afirmação inverte a fórmula do texto ao dizer “também não pode impor-se à acusação a prova de que o resultado não ocorreria sem a violação do dever, sob pena de prova diabólica”. Por outro lado, no mesmo acórdão, afirma-se ainda que “relevante para a imputação objetiva é ainda a demonstração (com uma elevada probabilidade) de que o cumprimento do dever não se apresentaria como inútil”, que se adequa mais à fórmula de ROXIN. No sentido de ROXIN e sem apelar à tese do *in dubio*, cf. Acórdão da RCB de 21-set.-2011, Proc. 794/04. Aplicando o parâmetro do comportamento lícito alternativo para excluir a imputação, cf. Acórdão da RPT de 27-out.-2004, Proc. 0442647.

⁹⁸ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, p. 338 e STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, 4.8, n° 37, p. 84.

a solução de vários acórdãos, na esteira de ROXIN. Deve exigir-se, antes, uma “ausência de dúvida razoável” quanto à inevitabilidade. Sem se excluir essa dúvida razoável não se consubstanciará o facto complexo, nos crimes negligentes, constituído pela relação entre a violação do dever de cuidado e a produção do resultado típico.

2. O tópico atrás enunciado, que rejeita várias formulações da “teoria do risco”, exprime uma opção central do sistema penal: a limitação da imputação penal, nos crimes de resultado, às ações verdadeiramente consequentes. Uma tal opção, porém, não afasta todas as dificuldades de determinação de fronteiras na imputação objetiva. Assim, nos casos em que o acontecimento concreto corresponde a uma ação consequente poderá ainda argumentar-se, em certas situações, que a omissão dessa ação não evitaria a produção do resultado descrito no tipo, questionando-se a imputação objetiva exigida pela tipicidade. Até que ponto a causalidade hipotética se sobrepõe à consequencialidade?

Se, por exemplo, *A* atropelou mortalmente *B*, que atravessava a rua na passeadeira de peões, sendo certo que *B* teria sido atingido por uma derrocada de um prédio, alguns metros à frente do sítio em que foi atropelado, a imputação objetiva do resultado típico a *A* ainda será justificada pelo princípio da legalidade (dada a correspondência estrita entre a ação de *A*, na plenitude das suas consequências, e a ação descrita no tipo), embora se possa dizer, num plano material, que a função da proteção de bens jurídicos da norma penal não evitaria aquele resultado, devido à causa virtual. No entanto, a não violação da norma sempre evitaria que o comportamento concreto do agente produzisse o resultado.

A comparação desta situação com a do ciclista revelará o seguinte: quando a conduta que ultrapassa o risco permitido não explica o resultado típico, tal como no caso do ciclista, a punição só se justifica por força de uma causalidade virtual (o comportamento do próprio agente) que relacione o comportamento com o resultado

(o que, todavia, é incompatível com o princípio da legalidade)⁹⁹, quando, diferentemente, o resultado típico é explicado pelo comportamento do agente que ultrapassa o risco permitido, só se poderia afastar a imputação por força de uma causa virtual (o que é duvidosamente justificável já que o comportamento do agente foi a causa real).

No exemplo da derrocada, é claro que a motivação pela norma também evitaria “o curso concreto e real” da produção do resultado, embora não pudesse, por si mesma, mudar o curso da natureza: a morte do transeunte ocorreria necessariamente. No caso do ciclista, o efeito da motivação pela norma e o efeito de não motivação equiparar-se-iam relativamente à produção pelo agente do evento típico. O facto de em ambos os casos ser inevitável o evento correspondente ao resultado descrito no tipo não impedirá, assim, uma diferente resposta do Direito através da imputação objetiva, porque no primeiro caso ainda há uma eficácia relativa da norma sobre a realidade.

Em conclusão, as estruturas de imputação jurídica no Direito Penal não se determinam pela eficácia absoluta do Direito sobre os eventos, mas pela controlabilidade dos resultados lesivos que suscitam.

Todavia, estas normas apenas são violáveis onde as condutas revelem uma certa intervenção objetiva sobre o curso dos acontecimentos. E a existência de processos causais hipotéticos que paralisariam esse efeito de não verificação de resultados análogos aos previstos no tipo não impede essa intervenção objetiva.

Nesta conceção de imputação objetiva, há, sem dúvida, uma tensão entre um modo de imputar que apenas atende ao valor absoluto da motivação de condutas em ordem a prevenir riscos

⁹⁹ O pensamento de KAUFMANN, A., conduziria à relevância das causas virtuais nos crimes negligentes, no sentido que é criticado no texto (assim, “Die Bedeutung hypothetischen Erfolgs im Strafrecht”, em *Festschrift für Erberhard Schmidt*, 1961, p. 230 e ss.).

(sendo indiferente a irrelevância da conduta típica para a realização do evento típico) e outro que exige uma interferência absoluta das normas sobre a natureza (a sua efetiva capacidade para evitar em concreto a lesão de bens jurídicos).

As duas posições extremas são, porém, inaceitáveis. A primeira, por identificar a prevenção geral com uma ordem de deveres de fidelidade ao Direito absolutamente independente da eficácia sobre a realidade; a segunda, por anular o dever onde este não conduza a uma eficácia absoluta sobre a realidade¹⁰⁰, eliminando a prevenção geral.

3. Várias temáticas da imputação objetiva podem ser referidas a esta tensão, tal como o chamado comportamento lícito alternativo, o fim da proteção da norma e as causalidades cumulativas. A solução das questões implicadas nesse grupo de casos exige uma reflexão sobre as “fronteiras” da responsabilidade penal, em que se terão de confrontar os modelos puros de uma responsabilidade pelo dever e de uma responsabilidade pelo resultado: o subjetivismo e o objetivismo na construção da ilicitude que, repetidamente, se cruzam na história do pensamento penal.

A progressiva aceitação pela doutrina de um ilícito pessoal modificou, porém, aqueles modelos ou complexizou-os de forma a que tanto o objetivismo como o subjetivismo podem comportar funções eticizantes, preventivistas ou garantísticas. Configura-se, assim, na problemática da imputação objetiva, uma opção subliminar entre uma construção de responsabilidade a partir de puros elementos subjetivos – que se traduz, no que respeita à imputação objetiva, numa lógica de violação de dever (ou de ultrapassagem do risco permitido) – e uma construção da responsabilidade a partir de elementos estritamente objetivos de interferência na realidade, que se traduz numa lógica de eficácia. Contudo, a esta primeira opção

¹⁰⁰ Neste último caso, a perspectiva do texto aproxima-se, nos resultados, da tese de NEVES, J. CURADO (*ob. cit.*, p. 394) relativamente às causas hipotéticas.

veio acrescer uma outra: a opção entre uma lógica garantística, restritiva da responsabilidade, e uma lógica eticizante ou preventivista pura, mais abrangente.

Quer o modelo subjetivista quer o modelo objetivista de imputação (na imputação objetiva) podem funcionar sob uma lógica garantística ou sob uma lógica eticizante-preventivista. Por exemplo, o modelo subjetivista numa lógica lógico-garantística conduzirá apenas a uma correção do modelo objetivista e não a uma fundamentação ou ampliação das fronteiras de responsabilidade penal em função da violação do dever, como acontecerá na lógica eticizante-preventivista. Um tal modelo subjetivista garantístico, que radica no pensamento de WELZEL, impõe uma imputação objetiva moderadamente causalista e não absolutamente desligada da eficácia das ações humanas.

Sem pré-determinar as soluções dos casos problemáticos referidos através de arquétipos de modelos de responsabilidade, é necessário questionar as implicações das soluções alternativas (com referência às grandes opções e sem reter no microcosmos dos casos a justificação das soluções jurídicas).

4. A problemática do comportamento lícito alternativo, que se divisa na discussão anteriormente citada, é igualmente expressão da complexidade das fronteiras da imputação penal e do próprio ilícito criminal numa perspectiva de “compreensão” concetual. Com efeito, a legitimação da atribuição de responsabilidade penal tem suscitado frequentemente uma discussão sobre a “extensão” da criminalização (isto é, sobre quais os comportamentos criminalizáveis). Mas, nos diversos problemas da teoria da imputação, há igualmente uma temática de criminalização de uma certa espécie de comportamentos em “compreensão”¹⁰¹.

¹⁰¹ Em função dos modos de manifestação do comportamento, tais como a ação, a omissão, a produção de resultados e a tentativa.

Ora, a eventual relevância do comportamento lícito alternativo torna a responsabilidade penal dependente de uma lógica de eficácia das normas sobre os eventos reais e de uma ideia substancialista de dano social, mas não é exigida por todo e qualquer modelo garantístico de Direito Penal. Corresponderá, quando muito, a uma ótica objetivista extrema, que nega a responsabilidade penal onde os ditames do Direito não podem inverter o curso da realidade, e a uma certa ideia de “necessidade” da pena.

A relevância do comportamento lícito alternativo apenas se impõe plenamente numa lógica garantística onde possa fundamentar a inexistência da conexão de risco (entre a conduta e o resultado) ou a impossibilidade da sua prova. Quando o recurso ao comportamento lícito alternativo revelar que a norma de conduta que visa impedir riscos para bens jurídicos é inútil, a não imputação justificar-se-á na medida em que for em geral verificável a inutilidade da norma, sendo possível a reformulação da própria regra de conduta em situações idênticas. Mas a inutilidade pontual ou devida ao acaso do comportamento lícito alternativo não afasta necessariamente a imputação objetiva segundo esta lógica, que não deixa de atribuir uma função preventiva às normas incriminadoras.

Assim, no conhecido “caso do pelo de cabra”¹⁰², em que os trabalhadores contraíram um bacilo através do contacto com o material supostamente desinfetado, o recurso à argumentação do comportamento lícito alternativo apenas justificará a exclusão da imputação onde seja em geral constatável que a desinfecção obrigatória seria completamente inútil. Mas o comportamento lícito alternativo poderá funcionar como argumento mais garantístico de uma ausência de conexão de risco em concreto. Não se confundindo causa virtual e comportamento lícito alternativo, pois este é apenas uma hipótese intelectual de conduta do agente, sem existência como possibilidade real, o comportamento lícito alternativo

¹⁰² Caso narrado por ROXIN, C., em “Violação do dever e resultado nos crimes negligentes”, *text. cit.*

pode ser um método de compreensão e análise da efetiva conexão de risco, que impede a recondução da imputação a uma função meramente preventivista e mantém a linguagem da imputação associada à construção objetivista dos factos.

5. Outra questão de charneira da teoria da imputação objetiva em que têm de ser desvendadas as grandes opções subjacentes, evitando-se a cirurgia restrita do caso, é a causalidade cumulativa. Como se delimita a imputação objetiva nas situações em que uma pluralidade de causas concorre num evento? As causas cumulativas não anularão a possibilidade da própria imputação objetiva, paralisando o juízo de imputação em situações típicas das sociedades complexas (responsabilidade dos produtores e das empresas relativamente a danos ambientais, por exemplo)?

A causalidade cumulativa parece poder paralisar a imputação do resultado onde o evento típico é produto de múltiplas causas, sendo cada uma por si só insuficiente para produzir o resultado. As teorias de causalidade não permitem sequer imputar o resultado à conduta nessas situações e a teoria do aumento do risco possibilita logo a imputação na base de mera violação do dever. Como formular o problema e a respetiva solução?

Na verdade, são comuns situações da vida quotidiana em que surgem opções deste tipo: “se agir de determinada forma contribuo conjuntamente com vários outros para determinado resultado, mas o meu pequeno ato, isoladamente, não provocará dano nenhum!”. E o julgador poderá ser confrontado, por exemplo, com a possibilidade de imputar ao comportamento do agente a poluição de um rio, quando muitos outros contribuem para o mesmo efeito.

É certo que a lei pode resolver estes problemas criando crimes de dever e crimes de perigo que prescindem da imputação do resultado. No entanto, quando o não faz, como decidir? Se o excesso de velocidade de A levou à morte de uma criança que, inadvertidamente, atravessou a estrada por manifesta falta de cuidado da mãe, como deve responder o Direito? A atropelou efetivamente a criança, mas terá cometido homicídio negligente no

sentido do Código Penal? E como se qualificará o comportamento da mãe?

Neste exemplo, tal como no caso da poluição, o agente poderia ter pensado que só atropelaria a criança se a mãe não cuidasse dela, embora pudesse saber que não a atropelaria, com toda a certeza, mesmo que a mãe não cuidasse da criança, se conduzisse calmamente. E idêntico juízo se poderá fazer do comportamento da mãe.

Imputar ou não imputar o resultado tem também subjacente, nestes casos, a opção entre uma responsabilidade total pelos eventos e uma restrição da responsabilidade em função de algum critério de delimitação de esferas de responsabilidade ou de repartição de competências na vida social. A legitimidade da opção por uma destas soluções não é alheia a um entendimento prévio das ações em causa, segundo as possibilidades de explicação na linguagem social (e da normal comunicabilidade). Com efeito, uma preferência por uma ampla responsabilidade pelas consequências desinteressar-se-á da explicação dos eventos em função de um conceito de ação social e por uma lógica de repartição de competências e responsabilidades na interação social.

No caso do automobilista que atropela a criança, a explicação da morte da criança pelo atropelamento é manifestamente imperfeita. A conduta do automobilista não é suficientemente capaz de revelar toda a etiologia do acontecimento e de expor todo o seu significado social. O atropelamento explica apenas parcialmente a morte da criança, tal como o próprio comportamento negligente da mãe. A explicação que neste caso interessa à imputação objetiva refere-se a uma certa repartição de competências¹⁰³. Se o automobilista puder razoavelmente contar com que a mãe evite que a criança atravesse a rua e a mãe puder contar, do mesmo modo, com que o automobilista reduza a velocidade, tornar-se-á muito problemática

¹⁰³ Cf. Acórdãos da REv de 29-abr.-2014, Proc. 2545/07 e de 8-set.-2015, Proc. 256/11. Nestes acórdãos é sublinhado que a concretização do risco no resultado está associada à potenciação de um risco alheio ao agente preexistente.

a imputação objetiva. A resolução do problema pela exclusão da relevância, nestas situações, do princípio da confiança, como pretende JAKOBS¹⁰⁴, desvincula-se de uma explicação social do acontecimento.

Ora, a legitimidade das opções normativas numa sociedade que apela, por vezes, a uma extensão da responsabilidade às consequências choca com a constatação anterior. Na realidade, quando atribuímos consequências independentemente da possibilidade de uma explicação das mesmas por ações, estamos a objetivar a responsabilidade penal e a admitir numa certa medida, sob a aparência de uma responsabilidade baseada meramente no dever, uma responsabilidade pelo acaso.

Um tal passo teria consequências profundas na vida social, que exigiriam uma decisão legislativa clara nesse sentido e não poderá ser apenas o produto de uma construção interpretativa da imputação objetiva nos tipos incriminadores. Com efeito, uma perspetiva que prescindisse em absoluto de estabelecer conexões de risco comandadas ainda pela lógica da causalidade, a qual preside à explicação dos acontecimentos na linguagem social, implicaria que a própria comparticipação criminosa se reformulasse inevitavelmente, atenuando-se a distinção entre autor e cúmplice ou tornando-se a co-autoria uma figura dispensável em muitos casos¹⁰⁵. Assim, a figura da causalidade cumulativa ainda deve projetar a lógica da imputação jurídico-penal no âmago das opções sobre as fronteiras da atribuição de responsabilidade.

Por outro lado, quando a figura da causalidade cumulativa é transposta para certos setores do Direito Penal secundário, como o da responsabilidade penal pelo produto¹⁰⁶, surgem com

¹⁰⁴ JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 210 e 230.

¹⁰⁵ E isto na medida em que bastaria um qualquer aumento do risco, ainda repercutível no resultado, para se definir a realização típica.

¹⁰⁶ Sobre a relação entre a figura da causalidade cumulativa e a responsabilidade penal pelo produto, cf. HASSEMER, N./CONDE, F. Muñoz, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, 1995, pp. 87 e 124 a 155.

uma incidência especial os problemas da dogmática central. Na verdade, a dificuldade em imputar objetivamente ao produtor a morte do consumidor (mediante estruturas de imputação baseadas exclusivamente na articulação entre o princípio da legalidade e o requisito da ação), quando este lança no mercado o produto perigoso sem o aviso suficientemente explícito das condições do seu uso (e porventura até a título de dolo), põe em causa o funcionamento preventivo das normas penais nessa área da vida social. Mas a extensão da responsabilidade ao mero incremento do risco proibido, em áreas em que existiriam especiais deveres de controlo em função das cadeias de conexão entre efeitos complexos, parece aceitável nesses contextos precisos de sociedade de risco, se e na medida em que houver um dever reforçado de planificação de condutas¹⁰⁷.

A confrontação de uma lógica de imputação objetiva, ainda sustentada na estrutura da ação, com uma pura lógica de responsabilidade pelo risco alerta-nos para a utilização de critérios novos na imputação objetiva, mesmo no Direito Penal primário, onde, como refere JAKOBS¹⁰⁸, estejamos perante consequências ainda planificáveis pelo agente no curso da sua ação, fora de uma lógica de responsabilidade pelo acaso.

A imputação objetiva como problema de fronteiras da responsabilidade penal confronta-nos imediatamente com os efeitos da complexidade crescente da vida social nas estruturas de responsabilidade. Uma normativização excessiva da imputação objetiva atribuiria à ordem penal uma função imaginária de controlo dos riscos e ameaças da sociedade tecnológica e de compensação das ansiedades geradas pela vida em sociedade.

¹⁰⁷ Cf. SOUSA, S. AIRES DE, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal. Contributo para uma Protecção Penal de Interesses do Consumidor*, 2014, p. 469 e ss., contra o que designa a flexibilização que, segundo a autora, seria por mim sustentada das estruturas de imputação. No entanto, essa suposta flexibilização está dependente de um reforço dos deveres do agente.

¹⁰⁸ Cf. JAKOBS, G., *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, 1996.

6. A questão da causalidade cumulativa tem sido tratada pela jurisprudência, em certos acórdãos, a partir de uma “razoável previsibilidade pelo agente” de uma das causas cumulativas do comportamento ilícito de terceiro¹⁰⁹, em articulação com a interpretação do comportamento lícito alternativo na linha de ROXIN, bastando a elevação do risco para a imputação objetiva. Em situações de negligência, em que o comportamento do agente, que origina a causa cumulativa, é previsível para o outro agente, a violação do dever de cuidado, isto é, o comportamento negligente ilícito abrange a potenciação causal do outro comportamento e é essa potenciação que se concretiza no resultado. Nestes casos, a dimensão objetiva de uma potenciação de um perigo é articulada com uma dimensão subjetiva de previsibilidade desse efeito, justificando a imputação objetiva/subjetiva.

Assim, em certos casos, a causalidade cumulativa pode justificar a imputação objetiva quando associada a esta “conexão de previsibilidade”, potenciação ou controlo do efeito de um outro comportamento.

E – A metodologia da decisão na matéria da causalidade/imputação objetiva

Questão nuclear para a resolução dos casos de imputação objetiva é saber como se devem articular as várias teorias, em casos em que os resultados a que chegam são distintos e até contraditórios. Um caso aparentemente desse tipo será o de uma forte bofetada da qual resulta a morte da vítima devido a uma comoção cerebral.

As críticas feitas às teorias da causalidade levam a concluir que elas não atingem em muitas situações uma solução simultaneamente adequada ao princípio da legalidade, às exigências de prevenção e em última análise ao próprio princípio da culpa. A sua excessiva

amplitude em certos casos e a sua excessiva limitação noutros é aferida pelas exigências destes princípios.

O que, por vezes, falta na lógica da decisão dos casos pela jurisprudência é uma razão central que justifique a rejeição ou a aceitação de uma certa teoria. Parecendo que o tribunal procura a fórmula de imputação a todo o custo.

O grande princípio orientador nesta matéria é, sem dúvida, o princípio da legalidade (e o chamado direito penal do facto) que impede que a atribuição do resultado à conduta do agente seja uma antecipação da censurabilidade por culpa sem estar resolvida a questão factual prévia. E esta linha encerra já uma crítica à teoria do risco.

Assim, a teoria do risco nas versões mais normativistas, enquanto prescinde em absoluto da causalidade como ponto de partida, confunde a definição do facto como ação do agente com o puro interesse em fazer vigorar as normas na sua dimensão preventivista geral (positiva e negativa), dispensando a identificação da “verdadeira história” contada pelos factos.

O caminho mais seguro para a decisão penal orientada pela objetividade factual é, sem dúvida, partir das teorias da causalidade, nomeadamente da causalidade adequada que é pressuposta nos artigos 10º e 22º do Código Penal. Por outro lado, o risco proibido e sua concretização no resultado funciona, em princípio, de modo corretivo e limitativo dos resultados da causalidade adequada, nas situações de diminuição do risco ou de risco permitido.

Voltando ao caso da bofetada¹¹⁰, verifica-se que há uma certa colisão entre as soluções da teoria da causalidade adequada e as da teoria do risco. A primeira tende a excluir a causalidade, apelando a critérios de previsibilidade média, mas a última admite a imputação se foi o risco suscitado pela bofetada que desencadeou a comoção cerebral.

Deve prevalecer, mesmo assim, a teoria do risco? Existe vantagem da teoria da causalidade adequada em resolver em sede de tipicidade objetiva um problema que a teoria do risco remete para a imputação subjetiva, apelando à previsibilidade subjetiva?

Neste caso, a teoria do risco é mais clarificadora, no sentido de que o problema que o caso suscita é, sobretudo, o da previsibilidade subjetiva. No entanto, se a teoria do risco for usada precisamente para anular, nos crimes negligentes, a questão posterior da previsibilidade subjetiva, desvalorizando-a, então, apesar das imprecisões, a colocação do problema através de causalidade adequada é mais próxima das exigências do direito penal do facto.

Também nas causalidades cumulativas, a teoria do risco favorece uma ampliação da imputação objetiva, que seria estranha à lógica objetivo-subjetiva da causalidade adequada. Não é, assim, restritiva mas antes ampliativa.

O entendimento de que a teoria do risco resolve melhor esses casos depende de existirem variações na previsibilidade subjetiva que devam ser tratadas como problema da capacidade concreta do agente. No entanto, se pela natureza mínima e incerta do risco criado, a própria previsibilidade objetiva estiver excluída, será sem dúvida a teoria da causalidade adequada a melhor solução.

Isto mesmo se evidenciará no caso de a causa cumulativa, apesar de ter potenciado um concreto resultado, o ter feito de modo absolutamente fortuito, como no caso em que a bofetada apenas provoca uma hemorragia fatal devido a uma especial debilidade da vítima, totalmente imprevisível para qualquer pessoa no lugar do agente e com os conhecimentos de que dispunha.

Nestes casos, poder-se-á dizer que o princípio da legalidade justifica desde logo uma solução em sede de imputação objetiva.

F – Causalidade científica e imputação objetiva: a importação das fórmulas INUS e NESS para a teoria geral da infração criminal

A discussão jurídica sobre a causalidade tem assumido, na doutrina penal, uma renovada preocupação com o relacionamento com a causalidade científica.

Por influência de HART/HONORÉ e RICHARD W. WRIGHT, essa relação veio trazer para o campo do Direito fórmulas lógicas que exprimiriam a causalidade, como a fórmula INUS¹¹¹ (Insufficient but Necessary parts of a condition which is itself Unnecessary but Sufficient). Esta fórmula, que rejeita critérios causais naturalistas baseados na crença de uma suposta energia física dos acontecimentos, relativizando, se não pondo em causa relações de necessidade entre comportamentos e eventos, é, no entanto, alterada por alguns autores, tal como PUPPE na linha de WRIGHT, pela chamada fórmula Ness (Necessary element of a sufficient set)¹¹². Esta fórmula define uma certa qualidade de necessário dentro do espaço lógico de uma condição não insuficiente, referindo-se a uma interpretação do pensamento de HART e HONORÉ feita por WRIGHT¹¹³ diversa da que foi concretizada por MACKIE¹¹⁴ e que terá conduzido à cristalização da fórmula INUS.

¹¹¹ Sobre esta matéria, cfr. MENDES, P. SOUSA, *Causalidade complexa e prova penal*, 2018, obra muito detalhada, que sustenta uma análise ancorada numa orientação que aqui é considerada criticamente na medida da combinação entre a INUS e a interpretação contrafactual, e que foi mais abrangentemente criticada na arguição que levei a cabo em provas públicas.

¹¹² A fórmula Ness, acrónimo de “Necessary element of a sufficient set”, foi introduzida em WRIGHT, R. W., “Causation in Tort Law”, *California Law Review*, 73 (1985), pp. 1735-1788; cfr., mais recentemente, “The Ness Account of natural causation: A Response to Criticisms”, em *Perspectives on Causation*, chapter 14; ed. R. Goldberg, 2011.

¹¹³ HART, H./HONORÉ, T., *Causation in the Law* (1ª ed. 1959), 2ª ed. 1985 e WRIGHT, R. W., “Causation...” *text. cit.*, nota anterior.

¹¹⁴ MACKIE, J. L., *The Cement of the Universe; A Study of Causation*, 1974, pp. 32-33, 256-258, 260-263 e 266-267.

A vantagem da fórmula de Puppe reside em afirmar positivamente uma certa perspectiva de necessidade, impedindo uma conexão apenas não insuficiente de ser bastante para afirmar a causalidade.

Em certos casos, a fórmula NESS tal como PUPPE a apresenta¹¹⁵ na solução de casos de Direito é atraente. Assim, por exemplo, no domínio da concausalidade em assembleias de pessoas coletivas, PUPPE refere-se a uma condição mínima como parte necessária de uma condição suficiente, de modo que, embora o voto simples não seja necessário nem isoladamente suficiente, no entanto, segundo afirma, “Temos uma condição mínima que contém o voto do agente como um elemento necessário somando ao número de votos suficientes para a decisão. O que interessa é que é possível formular uma ou várias condições suficientes que são verdadeiras e que contém aquele voto como elemento necessário”. A fórmula de PUPPE seria afinal esta: “se várias ações podem ser pensadas alternativamente mas não cumulativamente sem que o resultado seja anulado, cada ação é causal”.

Em conjugação com esta discussão sobre as fórmulas lógicas da causalidade, há uma linha de pensamento que esgota o problema subjacente à causalidade na verificação da contrafactualidade, isto é, no raciocínio que parte da conjectura lógica sobre o que aconteceria se os factos reais verificados não tivessem acontecido (contrafactivamente). A contrafactualidade característica, aliás, da *conditio sine qua non* é, no entanto, sobreposta à tradição jurídica que remonta a VON BURI¹¹⁶, a partir de uma perspectiva filosófica contemporânea dos mundos possíveis e alternativos¹¹⁷.

¹¹⁵ PUPPE, I., “The concept of Causation in the Law”, em *Critical Essays on Causation and Responsibility* (org. Kahmen, Benedikt e Stepanians Markus), 2013, pp. 67-109.

¹¹⁶ BURI, M. VON, *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1873 e já antes em vários artigos (assim ROXIN, *ob. cit.*, p. 353, nota 15). Em geral, hoje a doutrina atribui a fórmula da teoria da equivalência das condições e consequentemente da *conditio sine qua non* a Julius Glaser em *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, vol. I, 2. Abhandlung p. 298 e já antes Stübel (cfr. ROXIN, *ob. cit.*, p. 352, nota 14). Foi, porém, von Buri quem mais aprofundou a fórmula e a divulgou na jurisprudência germânica.

¹¹⁷ LEWIS, D., *On the Plurality of Worlds*, 1986.

No entanto, o argumento contrafactual não serve, por si mesmo, senão para indiciar uma conexão de suficiência e necessidade.

Em geral, apesar do interesse filosófico da referência aos mundos possíveis de LEWIS, a sua utilização prática não supera as críticas tradicionais à *conditio sine qua non* e à incapacidade da *conditio* para resolver casos difíceis em que pode ser quase óbvio que há um domínio do resultado pelo comportamento do agente, como acontece nas causas virtuais.

Há efetivamente casos em que a contrafactualidade não atinge o cerne da questão da imputação objetiva jurídica, como o referido a partir da citação de PUPPE ou os de sobre-intensificação da causalidade¹¹⁸. Nesses casos, os comportamentos ideais alternativos afastariam a causalidade, quando o agente tenha realizado um comportamento que tivesse conduzido aos resultados típicos, no mundo real, segundo as intuições comuns dos destinatários das normas. Diferentemente, acontecerá no comportamento lícito alternativo, como se verifica no caso do ciclista embriagado que é ultrapassado por um camionista sem guardar a distância devida, em que a suposição do que aconteceria se as regras de cuidado fossem respeitadas apenas é um teste para identificar uma conexão efetiva entre a violação das regras de distância e o resultado. Tal conexão será definidora do homicídio negligente, isto é, confirmará a conexão entre o dever de cuidado e o resultado.

Brevitatis causa, a contrafactualidade não consegue superar as imperfeições da *conditio sine qua non* na perspectivas de um *Direito da responsabilidade pelos factos controláveis pela vontade do agente* e a sua combinação com a fórmula INUS nada acrescenta, pois esta fórmula, prescindindo de qualquer juízo de necessidade,

Veja-se a minha utilização da ideia em *Da Tentativa Possível*, 2006, p. 60 e ss., num sentido diverso da contrafactualidade como uma espécie de contiguidade entre o real e o possível.

¹¹⁸ Como o caso da sobredosagem com veneno de um copo de leite pela ação de dois agentes, em que cada dose ministrada por cada agente seria suficiente.

apenas filtra as condições não insuficientes de uma condição suficiente, o que não permite ao intérprete decidir com qualquer segurança e o remete para uma criatividade de decisão em função dos casos – a partir de considerações de juízo social ou normativas convenientes em função do caso particular.

§ 6º – A imputação subjetiva (a tipicidade subjetiva)

A – O dolo no juízo de imputação subjetiva. Dolo e problemática do risco. Os elementos do dolo (elemento intelectual e elemento volitivo)

1. A delimitação do comportamento subjetivo imputável conduz à tradicional configuração do dolo como representar e querer a realização do tipo.

O problema central, mantido através de uma longa discussão doutrinal, é a definição do conteúdo exato da posição subjetiva dos seus momentos de consciência e vontade. Mais recentemente, a doutrina tem enfrentado a alternativa entre a referência da posição subjetiva às consequências típicas e a um *quantum* de risco relativamente ao resultado típico. Bastará uma certa relação subjetiva do agente com o risco proibido da conduta típica? Para o dolo será suficiente uma posição subjetiva em face do perigo?

A tradicional distinção entre dolo eventual e negligência consciente deverá ser relacionada hoje com este tema nuclear. Também no que se refere ao dolo está em aberto um problema de fronteiras da intervenção penal e deve ser encarada a opção entre uma responsabilidade pelo risco e uma responsabilidade pelo dano.

A deslocação para a área da prevenção de riscos do núcleo do ilícito converteria a imputação subjetiva no reconhecimento de uma relação subjetiva com a própria conduta perigosa. No caso de uma infeção com o vírus da SIDA através de uma seringa infetada (ou através de relações sexuais), a imputação subjetiva não respeitaria às diversas representações psicológicas ou posições de consciência quanto à morte da vítima, mas apenas ao conhecimento pelo agente da perigosidade da conduta. Assim, toda a discussão sobre a representação do resultado concreto como possível ou necessário poderá ser diluída na demonstração do conhecimento dos riscos normais da conduta.

Uma tal perspectiva, que reduz o dolo à consciência do risco normal da conduta, levaria a responsabilidade penal a alcançar por outros meios os objetivos de uma *versari in re illicita*. Mas mesmo que se rejeite essa orientação, é inegável que o problema de delimitação da conduta dolosa através do conhecimento e vontade (representação e conformação com o facto que preenche um tipo de crime, na redação do artigo 14º, nº 3, do Código Penal) é atraído pela necessidade de antecipação da proteção dos bens jurídicos exigida pela lógica preventiva.

2. As dificuldades de definição do dolo resultam, em primeiro lugar, das próprias dificuldades em eleger um ponto de partida indiscutível. É, desde logo, muito complicado esclarecer o que justifica uma punição qualitativa mais grave no crime doloso ante o crime negligente. O crime doloso corresponde a uma violação mais grave do dever jurídico (maior evitabilidade da violação) ou apenas a uma culpa superior? As finalidades das penas justificam a distinção? Para além das respostas às questões anteriores, o dolo corresponde a uma posição subjetiva meramente intelectual ou a uma espécie de atitude? E, finalmente, o dolo é mesmo uma posição subjetiva ou apenas um sentido atribuído pela sociedade à ação? Em todo o caso, qual é o seu objeto? Todo o facto típico, só as consequências ou uma outra realidade?

A dramaticidade da vida na sociedade de risco suscita enormes desafios à doutrina clássica do dolo. O desconhecimento do resultado – morte do peão – por parte do automobilista que atropela a vítima (que não chega a ver), quando, conscientemente, não pára num sinal vermelho (ou que embate num outro automóvel quando conduz fora de mão) bastará para impedir a qualificação do comportamento como doloso? Qual é o efetivo significado do conhecer e do querer da definição clássica do dolo, quando aplicados a estas situações? Como é que a “cegueira” perante um resultado desta gravidade, enquanto ausência de conhecimento de um elemento essencial do facto típico, permite caracterizar o comportamento profundamente reprovável do agente?

Tanto a posição do legislador português como o estado atual da doutrina sobre o dolo impedem um grande salto no escuro que desligue, em absoluto, o dolo do conhecimento e de uma certa noção de intencionalidade, mesmo que uma teoria funcional ou dos fins das penas o reclame. O dolo é definido pela lei penal (artigo 14º do Código Penal) como forma específica de comportamento voluntário em que o conhecimento do facto típico é pressuposto inultrapassável. E a doutrina penal, por muito que se distancie desta formulação em atenção às razões sistemáticas que justificam o dolo, não pode deixar de referir o comportamento doloso a uma certa noção de intencionalidade¹¹⁹. Um total afastamento entre dolo e intencionalidade, baseado exclusivamente na razão preventiva, preteriria absolutamente uma responsabilidade penal de culpa¹²⁰. Por outro lado, a intencionalidade é a forma de voluntariedade que exprime o maior domínio sobre as opções de agir e, em princípio, o mais elevado grau de racionalidade comportamental.

A relação entre dolo e intencionalidade é, aliás, favorecida pela filosofia da ação, na medida em que o comportamento intencional tem vindo a ser descrito de modo abrangente, incluindo numa relação lógica, em que é prescindível a averiguação de um estado mental preciso, as consequências secundárias de uma ação.

¹¹⁹ Em atenção a uma responsabilidade baseada na liberdade de decisão e na possibilidade de motivação pelos valores jurídicos. A intencionalidade é necessariamente o grau mais intenso de liberdade de decisão, referida ao dolo direto no artigo 14º, nº 1, do Código Penal. No nº 2 do mesmo artigo (dolo necessário), a intencionalidade é pressuposta, na medida em que o agente tem de aceitar a realização daquilo que prevê como inevitável. No nº 3 (dolo eventual), recorre-se à forma menos intensa de “querer” – a conformação.

¹²⁰ A culpa pressupõe, necessariamente, diferenciações de gravidade na base do domínio pela vontade da lesão de bens jurídicos.

No pensamento de ANSCOMBE, em *Intention*¹²¹, o comportamento intencional é aquele a que é aplicável com êxito uma “questão de porquê” (*why question*). Isto quer dizer que o comportamento intencional é o explicável e justificável segundo uma lógica linguística não meramente privada e universalizável.

Nesta perspetiva, à relação do comportamento com as consequências secundárias pode presidir uma verdadeira lógica da satisfação de desejos que caracteriza o raciocínio prático, sendo essa forma comportamental ainda reveladora de decisão e, consequentemente, de intencionalidade no sentido linguístico comum.

A procura do que é intencional para a filosofia da ação e da linguagem não conduz, pois, a uma delimitação restritiva da intencionalidade, mas à apreensão dos sentidos comuns do agir que impedem a redução da intencionalidade a estados privados de consciência, dificilmente acessíveis e constatáveis. O afastamento da filosofia da ação relativamente à psicologia da consciência e à tradição cartesiana bem como a sua aproximação da orientação behaviorista vieram permitir a objetivização jurídica da definição dos modos de comportamento voluntário.

Ora, tudo isto revela a possibilidade da correspondência entre o conteúdo do conceito jurídico de dolo e as formas comuns da linguagem associadas à intencionalidade¹²², possibilidade que convém a um Direito Penal de culpa.

Mas, se assim puder ser, a tradicional delimitação do dolo como consciência e vontade merece uma reequação que a aproxime da racionalidade do agir intencional ou dos modos mais explícitos de agir sob uma decisão.

¹²¹ Cf. ANSCOMBE, E., *Intention*, 2ª ed., 1963, reimp., 1966.

¹²² Sobre esta temática, desenvolvimente, cf. PALMA, F., *A Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal, Justificação de um Critério de “Vontade”*, dissertação de mestrado, 1981, p. 112 e ss..

3. Se não é dispensável o conhecimento no facto doloso, subsiste a questão de saber se a conclusão pelo conhecimento implica, de algum modo, a prova de um estado de consciência vivido e de uma reflexão do agente sobre as consequências do seu comportamento¹²³.

¹²³ A identificação do elemento intelectual do dolo como consciência não tem impedido a doutrina penal de desvincular aquele conceito da vivência refletida de uma situação. PLATZGUMMER pretende que as representações psicológicas dos acontecimentos, devido a fenómenos de associação psicológica, comportam uma consciência meramente concomitante – a co-consciência (*Mitbewusstsein*) – a par de um núcleo central de consciência refletida de maior intensidade. Assim, qualidades do autor como as de funcionário público ou autoridade fazem parte de um conhecimento permanente que acompanha a representação daquelas pessoas. E, noutro grupo de casos, existem qualidades, significados ou relações inerentes aos objetos que são automaticamente associadas à identificação dos mesmos. Desta sorte, a imagem global que acede à consciência é o produto de uma associação instantânea de elementos que a experiência anterior possibilitou. A análise dos casos referidos sugere que a imagem global de um objeto surge independentemente de uma associação refletida de elementos. Esses elementos são meramente a condição de possibilidade da imagem global, da identificação de uma imagem globalmente significativa. Deste modo, a teoria da associação, na construção de PLATZGUMMER insinua uma certa desvinculação de dolo e consciência. Numa outra orientação, rejeitando a teoria da co-consciência – na base da *Gestaltpsychologie* – SCHEWE vem admitir mesmo que conteúdos verdadeiramente inconscientes fundamentem o dolo. SCHEWE aceita-o, quando se trate de elementos que pertençam ao “campo de vivências atuais” (cf. sobre esta questão PLATZGUMMER, T., *Die Bewusstseinform des Vorsatzes*, 1964; SCHEWE, G., *Bewusstsein und Vorsatz*, 1967, e “Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz”, *Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht*, 1972). Por outro lado os passos dados na teoria da ação relativamente ao reconhecimento de uma ação nos comportamentos automáticos (finalidade inconsciente) demonstram uma progressiva desvinculação da Psicologia clássica da consciência. A questão em aberto é saber se a Psicologia não passou ela própria a definir os seus critérios de abordagem segundo as exigências e os critérios normativos fixados por um Direito que abandonou o paradigma da vontade e da consciência, pautando-se por uma ideia prévia de ato responsável. Um objetivo decisivo será, sem dúvida, o de obter clarividência sobre como o Direito e a Psicologia estabelecem relações de fundamentação recíprocas. Certo é, porém, que a dispensa da compreensão psicológica dos atos humanos em nome de um conceito de conduta humana (ou das suas formas) normativamente construído é um caminho de duvidosa legitimidade, pois conduzirá sempre a um Direito Penal sem medida humana e, por isso, às mais subtis formas de responsabilidade objetiva. A este propósito é curioso notar que a Revisão do Código Penal de 1995 suprimiu

E mesmo admitindo-se uma lógica (ou uma racionalidade) específica da decisão – pela qual se identifique, linguisticamente e na ação social, a intencionalidade de um comportamento, apesar de não ser objeto de conhecimento possível o estado de “alma” do agente –, não deixa de ser necessário averiguar quais os critérios e pressupostos que a linguagem social utiliza na tarefa de identificação e descrição de certos modos de comportamento como intencionais e como se aplicam nos casos concretos.

Quem “dispara” cegamente o seu automóvel num sinal vermelho ou conduz “desportivamente” na faixa contrária à da sua mão terá o conhecimento do facto típico exigido pelo dolo? Perante este tipo de questões, o desafio fundamental que se divisa é saber se o conhecimento deve ser entendido como uma efetiva representação da consequência do comportamento, que em casos de “cegueira” e de indiferença pode não ter sido atingida, ou apenas como um conhecimento referido aos riscos da conduta, cuja verificação implicará a premissa maior do raciocínio decisório característico da intencionalidade.

A opção por esta segunda alternativa não descarateriza o conhecimento como elemento do dolo, mas inscreve-o na lógica da decisão. Restabelece-se assim o significado do conhecimento como mero modo de análise de um conceito sintético – a decisão criminosa.

O reconhecimento de que os elementos do dolo não são meros elementos (justaponeáveis), mas produtos da análise de um conceito sintético e complexo de decisão criminosa, impede qualquer redução

a presunção de dolo relativamente à idade da ofendida, constante do artigo 210º do Código Penal de 1982, admitindo assim que a teoria do dolo dê uma resposta cabal a esses casos sem ferir as exigências preventivas do Direito Penal. Também no sentido de que o Estado de Direito Democrático, baseado na dignidade da pessoa, não pode esvaziar de conteúdo psicológico, pré-juridicamente consistente, conceitos que foram eleitos pelo Direito para respeitar a individualidade e a subjetividade da responsabilidade, RIPOLLES, J. L. DIEZ, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 1990, p. 305 e ss.,

da afirmação do dolo a uma subsunção rígida do comportamento em elementos autónomos e adicionáveis como conhecimento e vontade.

Mas, se assim é, nem se pode partir da constatação da vontade entendida como atitude para a afirmação do conhecimento nem, unilateralmente, concluir que ao dolo basta o conhecimento de uma certa probabilidade ou de determinado risco. Aquilo que a doutrina laboriosamente estabeleceu como conhecimento e vontade de realização do facto típico é, necessariamente, a simplificação da análise da realidade, cujo correspondente sintético é a decisão ou a intencionalidade ante as consequências¹²⁴.

O conhecimento das consequências é, assim, indispensável como primeira conclusão ou resultado da análise, à qual se pode chegar, como refere JAKOBS¹²⁵, pela consideração de múltiplos fatores. Mas premissa intransponível do conhecimento da “consequencialidade” é o conhecimento do risco concreto ou, pelo menos, a impossibilidade de um seu desconhecimento.

4. O dolo, porém, não se reduz, como pretende FRISCH¹²⁶, ao conhecimento do risco concreto inerente à conduta típica que justifica a proibição penal. Uma tal redução do dolo subjugaria a linguagem social sobre a intencionalidade a uma racionalidade unilateral – a função de proteção dos bens jurídicos – que não é a única que confere identidade às condutas sociais lesivas de bens jurídicos. Mas quer isso dizer que é necessário encontrar o enigmático momento volitivo, emocional ou de atitude do dolo, sob a “lupa” da lógica decisória?

¹²⁴ Conhecimento que inclui todos os elementos do facto típico, como o nexo de imputação objetiva. Seria mais rigorosa a fórmula conhecimento da consequencialidade típica do comportamento.

¹²⁵ JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 258 e ss..

¹²⁶ Cf. FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*, 1983.

O segundo momento do dolo parece, efetivamente, ser necessário quando se confronta uma pura lógica decisória com comportamentos inconsistentes e contraditórios, aos quais subjaz, todavia, como primeira premissa, o conhecimento do risco de determinado resultado.

Se tais comportamentos ainda fossem enquadráveis na censura dolosa, a responsabilização penal por crimes dolosos viria a abranger comportamentos de risco, até aqui excluídos das fronteiras daquela responsabilidade, por hábito social e sentimento. Isso aconteceria em dois tipos de casos: no caso em que a probabilidade do resultado não foi efetivamente ponderada, embora o pudesse ter sido, correspondendo essa ausência de ponderação a um dos porquês do agir; e no caso em que, apesar da ponderação, outras razões explicariam a decisão pelo comportamento típico.

Os casos referidos englobam exemplos como o do agente que conduz em excesso de velocidade e atropela um peão por não poder travar a tempo e situações do “tipo Guilherme Tell” ou, numa versão mais natural, do médico que decide operar para salvar o doente, apesar de ser altamente provável que não o consiga.

A primeira espécie de casos não equivale, inteiramente, ao da passagem cega do sinal vermelho, no escuro da noite, numa estrada frequentada e em alta velocidade. Não se trata de casos de risco extremo ou de violação “brutal” das regras do risco, em que não é facilmente constatável uma incoerência ou contraditoriedade no raciocínio prático que preside à ação. Em casos de risco extremo deste último tipo, tem razão JAKOBS¹²⁷ quando entende que pouco valor terão os raciocínios segundo os quais se o agente tivesse ponderado o resultado ocorrido não teria agido. Uma tal conclusão não seria suportada pelas premissas, dada a enormidade do risco.

Assim, o primeiro grupo de casos corresponde antes às situações em que um risco normal (ou um pequeno risco) é ofuscado por uma razão de agir que não implica a lesão de bens jurídicos para o

agente e que corresponde, igualmente, a um interesse (do agente) não superior ao de evitar a lesão de bens jurídicos. Trata-se de situações em que está ausente toda a aceitação do risco inerente à lógica de empresa, lucro ou jogo. O agente atua de modo inconsistente com a avaliação dos interesses que definiu. Assim, conduz em excesso de velocidade porque quer chegar mais cedo, mais depressa ou por simples gosto, mas esse interesse não prevalece, na ponderação lógica que a situação revela, sobre a vida da vítima. E é essa inconsistência que impede a afirmação da responsabilidade por dolo, pois ela não basta para revelar um domínio mais elevado sobre as consequências, próprio da culpa por dolo.

No grupo dos casos semelhantes ao do exemplo de GUILHERME TELL, é indiscutível que os critérios anteriores sobre a lógica da decisão levam a concluir pelo dolo. Enquanto mera forma comportamental, este tipo de situações, tal como, aliás, o próprio comportamento justificado, tem estrutura racionalmente intencional, correspondendo a uma decisão da vontade em face das consequências. Será justificável atribuir responsabilidade por dolo nestes últimos casos, tendo em conta as motivações?

A articulação do dolo com o risco, implicando uma reformulação do elemento intelectual, não dispensa um elemento complementar que confirme a explicação do comportamento do agente por uma lógica de decisão e de intencionalidade. Vejamos como se configura esse elemento nas diversas espécies de dolo.

B – A decisão criminosa nas figuras do dolo direto, necessário e eventual

1. O artigo 14º do Código Penal prevê que a decisão criminosa pode surgir sob três configurações – a pura intenção ou dolo direto, o dolo necessário e o dolo eventual.

Na intenção ou dolo direto, o objeto da vontade do agente coincide com a realização do facto típico, podendo até coincidir com a motivação da ação.

No dolo necessário, a realização do facto típico é prevista como consequência necessária da ação, sendo, por isso, secundário averiguar qual a posição afetiva relativamente à realização do facto típico (mesmo que não o deseje o agente decide-se pela realização do facto típico).

Por fim, no dolo eventual, o agente prevê apenas como possível a realização do facto típico, sendo, por isso, insuficiente o elemento intelectual do dolo e decisivamente esclarecedora a posição volitiva – “a conformação” do agente com aquela realização.

O enigmático elemento volitivo do dolo manifesta-se de forma diversa nestas diferentes figuras. O modo como os elementos do dolo se conformam mutuamente é descrito pela doutrina tradicionalmente do seguinte modo: na intenção ou dolo direto, o conhecimento não tem de ser perfeito porque a vontade clara e direta da realização do facto típico revela uma decisão inequívoca pela lesão do bem jurídico, sendo o elemento volitivo muito intenso e permitindo um fácil reconhecimento da decisão criminosa; no dolo necessário, o elemento intelectual é muito forte, permitindo tornar irrelevante para caracterizar a vontade um eventual desejo de que o facto típico não ocorra; no dolo eventual, é, em contrapartida, a compreensão da posição volitiva do agente o cerne da caracterização como dolo.

Não há, no entanto, diferentes formas de dolo¹²⁸, mas uma ideia de dolo básica comum a todas as figuras referidas. O dolo parece ser sempre uma vontade eficiente ou causal, revelada pela

¹²⁸ Cf. FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português*, I, 1981, p. 480, que, referindo-se ao Código de 1852/86, afirma: “o dolo eventual não é, no direito positivo português, uma espécie de dolo, ou um conceito autónomo e diferenciado, mas apenas uma designação teórica para o esclarecimento do problema, que suscita a delimitação inferior ao dolo (...) sendo assim, não se trata de alargar a noção de dolo, enfraquecendo-o na sua estrutura ou alargando-o no seu objecto, mas tão-somente de fixar interpretativamente, em matéria que se apresenta mais duvidosa, a subsistência da estrutura e verdadeiro objecto do dolo”. Em *Lições de Direito Penal*, I, 1988, p. 217 e ss., lê-se uma interpretação do artigo 14º que parece manter a mesma ideia unitária de dolo. Uma tal ideia unitária que faz do dolo direto, necessário

direção da ação por desejos ou objetivos, por um conhecimento necessário de efeitos ou ainda por uma preferência pelo resultado típico em face dos inconvenientes de uma não atuação.

As três figuras de dolo sugerem que o dolo é aquela espécie de vontade que move e controla os acontecimentos e, por isso, é superiormente responsável. Neste ponto, a leitura do Código Penal português conduz o intérprete a uma ideia quase mecanicista de vontade e a uma lógica de estados de alma controladores da ação, sugerindo a vontade como percepção, na linha de DESCARTES¹²⁹.

Mas, nesse sentido, a vontade que se identifica como decisiva não é apenas desejo passivo nem mera “consciência fílmica” ou a consciência passiva do sonho mas uma espécie de motor da ação que justifica a sua atribuição à liberdade do agente exercida no seu mais elevado grau. A vontade é, em suma, decisão concretizadora.

Será um tal conceito de vontade possível?

2. A decisão criminosa é um estado psicológico vivido ou uma mera descrição do significado social de um comportamento? Esta é uma das questões mais complicadas da teoria do dolo, que se manifesta sobretudo no problema do dolo eventual, em que a análise do elemento volitivo é decisiva.

e eventual modo de concretização da mesma ideia substancial é a solução que se impõe em face da unidade da medida legal da pena em todo o crime doloso. Uma hipotética identificação do dolo eventual como figura intermédia permitiria uma opção político-criminal que poderia justificar um efetivo alargamento das formas mais graves de responsabilidade penal à custa da área da negligência. Mas uma tal configuração deixaria de impor fronteiras tão rigorosas ao dolo eventual, o que permitiria uma redefinição dos valores da ação humana num sentido mais punitivo, gerando-se uma verdadeira banalização do dolo eventual. Penso concordar, aqui, no essencial, com o pensamento de ROXIN, C., em *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., p. 469, em crítica a ESER, que admite uma figura autónoma de dolo eventual, do tipo da *recklessness*.

¹²⁹ DESCARTES, R., *Les Passions de L'Âme*, 1649, I, pp. 18-19.

A pergunta consiste em saber qual é a característica da vontade que distingue o dolo da negligência e como tem ela de se manifestar – como uma substância ontológica ou apenas como a aplicação de uma espécie de “gramática” de entendimento do sentido dos atos humanos? Da resposta a estas questões resultará a inserção do dolo no tipo, como modo de ação e pressuposto do ilícito, ou a sua remissão para a culpa.

Concentrarei a resposta a estes problemas na própria distinção entre dolo eventual e negligência consciente realizada pela doutrina penal.

C – Os critérios tradicionais de distinção entre dolo eventual e negligência consciente e a teoria da vontade

1. A multiplicidade de critérios e métodos revela, por vezes, uma aceitação acrítica do que está em discussão na delimitação do dolo. Assim, as chamadas teorias intelectualistas consideram que o dolo eventual se caracteriza apenas pela elevada possibilidade ou até probabilidade, para o agente, da produção do resultado típico¹³⁰. As teorias volitivas apelam a uma aceitação íntima do resultado ou a uma certa espécie de volição relativa ao resultado. Em todo o caso, as teorias intelectualistas podem acentuar o elemento intelectual do dolo apenas como indício objetivo e suscetível de prova de uma realidade afetiva ou volitiva relativamente ao ato, não se diferenciando, necessariamente, das teorias volitivas.

O que divide as posições é, por vezes, não tanto uma diferente conceção sobre a substância do comportamento doloso mas um distinto modo de conhecer, na prática, o dolo eventual e a negligência consciente. As célebres, para os juristas, fórmulas de

¹³⁰ Sobre tais critérios, cf. STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., p. 105 e ss., e a minha dissertação de mestrado, *A distinção entre dolo eventual e negligência consciente – Justificação de um critério de vontade*, ob. cit..

FRANK¹³¹ revelam, exatamente, como a questão do dolo eventual se configurou como um problema sobretudo de método e não tanto de substância. Com efeito, a fórmula hipotética, segundo a qual haveria dolo eventual se se pudesse provar que o agente teria atuado ainda que soubesse, com toda a certeza, que o resultado típico se verificaria, é claramente um método de interpretação dos factos a partir do significado que eles permitem apreender. Mas tal fórmula não impede que ainda se parta de uma conceção do dolo como vontade e que se configure o objeto como uma volição do agente. Trata-se, fundamentalmente, de um método de conhecimento.

A sua crítica residiu, aliás, não tanto na crítica à conceção de dolo que propõe, mas no facto de ela implicar uma apreciação da personalidade do agente e, por isso, de aspetos exteriores ao facto¹³². Claro que este método de conhecimento prescinde da deteção da vivência pelo agente de um estado efetivo de vontade.

Já a fórmula positiva se orienta pela comprovação de uma aceitação íntima de um resultado pelo agente, e, deste modo, acentua menos o processo indiciário de conhecimento e mais o objeto substancial do conhecimento – uma posição da vontade.

Os critérios que têm sido propostos, sobretudo na doutrina germânica, referem-se a um objeto ou uma substância relativamente indefinida. Assim, o critério do “tomar seriamente em conta” a verificação do resultado¹³³, a própria “aceitação do risco” ou o “in kauf nehmen” que, traduzindo a expressão à letra, significa “tomar em compra”¹³⁴ o resultado típico são expressão de métodos de interpretação linguística do sentido dos atos, embora pareçam referir-se a uma realidade interior, não definida, apreensível na comunicação por uma fórmula de identificação de comportamentos.

¹³¹ Sobre tais fórmulas, na doutrina portuguesa, cf. CORREIA, E., *Direito Criminal*, I, 1963, p. 379 e ss..

¹³² Cf. CORREIA, E., ob. cit., loc. cit., nota 4.

¹³³ Cf. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 107.

¹³⁴ Cf. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 107.

Já a fórmula proposta por ROXIN – a decisão pela lesão do bem jurídico – parece associar uma expressão do estado volitivo (a decisão) a um significado valorativo conferido ao ato numa perspectiva de relação do agente com a Ordem Jurídica¹³⁵, mas também não revela qual o objeto da valoração que propõe.

O problema que assim se nos coloca não é apenas a verificação de qual das fórmulas é preferível, confrontando-as nomeadamente com os casos clássicos utilizados na doutrina penal – como o caso da menina da barraca de tiro, o caso dos mendigos russos ou o caso das correias de couro¹³⁶. Precisamos, antes, de compreender verdadeiramente qual é a substância, o objeto, que a fórmula ou o método de conhecimento pretende atingir – qual é, afinal, o conteúdo do dolo.

Deste modo, quem, no âmbito da teoria da ação, negue a própria existência de estados mentais ou volições¹³⁷ não poderá fazer desses elementos a substância do dolo. Se, na verdade, os chamados estados mentais não tiverem existência física, histórica ou cronológica na ação concreta, mas forem concebidos como uma ficção derivada de um pensamento filosófico (de inspiração cartesiana), que separa alma e corpo e que concebe uma substância espiritual a comandar as ações físicas, então as fórmulas ou os métodos de conhecimento terão de procurar um outro objeto para a distinção entre dolo e negligência (ou até mesmo negar a validade de qualquer distinção, dada a sua inspiração numa teoria tradicional da vontade assente naquela dualidade).

Mas existirão, na verdade, tais estados mentais? E existirão volições que comandam os atos exteriores? E se existirem não serão determinadas por um conjunto de fatores incontrolláveis? Poderão ser tais “coisas” relevantes para justificar a diferenciação de títulos de responsabilidade? Mas, se não existir esse mundo

¹³⁵ Cf. ROXIN, C., *Strafrecht*, ob. cit., p. 445 e ss..

¹³⁶ Sobre estes casos, veja-se STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 106.

¹³⁷ Nesse sentido, por exemplo, RYLE, G., em *The Concept of Mind*, 1966.

mental a comandar a atuação das pessoas, terá sentido operar com distinções deste tipo?

2. Aspeto central desse desenvolvimento argumentativo é a negação de uma causalidade de tipo naturalístico entre os estados mentais (emoções, estados de consciência) e a ação, isto é, a crítica a uma perspectiva segundo a qual existiria um impulso para a ação através de um momento de consciência anterior cronologicamente à ação e cuja identificação seria crucial para a afirmação da voluntariedade do ato ou da sua intencionalidade.

A uma perspectiva causalista opõe-se, na filosofia da ação contemporânea, um entendimento dos comportamentos voluntários e, sobretudo, intencionais como uma unidade incindível entre um comportamento exterior e um processo mental, de modo que a separação dualista causal (entre a mente e o corpo) não seria um modo aceitável de descrever a realidade¹³⁸. Essa unidade incindível tornaria uma certa ação exterior ou um certo comportamento uma espécie de critério de um processo mental¹³⁹, isto é, elemento de um conceito de um processo mental de uma espécie determinada. Os estados mentais e os comportamentos exteriores que os evidenciam seriam incindíveis, não relacionáveis causalmente ou deriváveis pela indução um do outro, nas expressões de significado comunicacional aos diversos comportamentos¹⁴⁰.

A identificação dos estados mentais seria, assim, um problema concetual, linguístico e comunicacional e não um problema de comprovação científica da verificação de uma realidade mental

¹³⁸ Separação de raiz cartesiana. Cf. DESCARTES, R., *Les Passions de L'Âme*, ob. cit..

¹³⁹ WITTGENSTEIN, L., *Philosophische-Untersuchungen*, I, 1960/69, § 357º.

¹⁴⁰ Segundo TUGENDHAT, E., em *Vorlesung zur Einführung in die Sprachanalytische Philosophie*, 2ª ed., 1979, p. 96, a validade das afirmações de um sujeito sobre si próprio depende do facto de a pessoa dominar o significado dos comportamentos para qualquer outra pessoa, vivendo cada pessoa como ser social e não pré-existindo toda a consciência do que decorre no indivíduo ao respectivo significado comum ou social.

e da sua conexão com a expressão física. Nesta perspectiva, não deixaria de ter sentido a referência a intenções, desejos e emoções mas estas não seriam entidades físico-voluntarísticas nem pelo menos causais-naturalísticas, mas sim modos de compreensão e de atribuição de significado aos atos.

3. O desenvolvimento desta perspectiva a propósito do dolo eventual leva-nos a procurar uma explicitação do conceito de comportamento intencional e a procurar a sua racionalidade implícita.

Textos importantes provenientes do campo da filosofia de ação e da linguagem, como *Intention* de ANSCOMBE ou o ensaio de HINTIKKA sobre “as intenções da intencionalidade”¹⁴¹, revelam-nos que o comportamento intencional tem uma específica consistência racional.

Para ANSCOMBE, a intenção é um comportamento justificável em termos de uma resposta à pergunta “porquê” (sendo esta razão entendida como um fim), o que permite reconduzi-lo a uma espécie de raciocínio prático.

Para HINTIKKA, a intencionalidade é criativa e pressupõe uma elevada liberdade de escolha entre alternativas de ação, relevando, igualmente, uma determinada consistência racional.

Deste modo, o dolo eventual moldar-se-á, ainda, sobre a racionalidade do comportamento intencional.

Tal como KENNY¹⁴² propõe, a partir da leitura de ANSCOMBE e da análise da ÉTICA a EUDEMO de ARISTÓTELES, teremos na intenção um especial raciocínio prático baseado na lógica do satisfatório, em que se parte da possibilidade não certa de satisfazer uma necessidade, da qual decorrem implicações de meios, os quais se tornam igualmente satisfatórios e desejáveis pela sua ligação

de necessidade com a premissa da ação e em que, finalmente, se conclui pela ação – a qual, porém, não estará numa posição de “necessidade lógica” com as premissas, podendo ser sempre anulável porque não se baseia numa premissa universal, mas numa mera possibilidade, não estando, assim, o agente numa posição de ausência de alternativas de ação ou de dúvidas quanto ao agir. Nesse encadeamento lógico nunca se poderão considerar intencionadas as consequências de uma ação, pois são alheias a um raciocínio meio-fim, nunca se podendo querer um ato pelas suas meras consequências causais e concomitantes, mas apenas pelos seus resultados diretos.

4. O dolo eventual (e até já o dolo necessário) parece não corresponder a esta estrita lógica de satisfatoriedade da sua conexão com o desejo e a necessidade. Porém, há tanto no dolo necessário como no dolo eventual uma específica lógica da aceitação de riscos, que ainda se deixa equiparar à pura intencionalidade.

Assim, a pessoa que quer obter o prémio do seguro, sabendo que, possivelmente, uma outra pessoa está dentro da casa e, mesmo assim, não hesita em incendiar a casa, se não quer o resultado, quer, pelo menos, o risco ou o perigo do resultado (já que não pode ter a certeza de que ele se verifica). Mas isto significa apenas que o risco do resultado surge como consequência necessária do meio que emprega, *uma condição inultrapassável do resultado*.

Nos termos puros da lógica do risco, alguém decide agir para obter um certo resultado desejado, não se importando com os riscos que isso acarreta – aceita tanto perder como ganhar (isto é, que o perigo se concretize ou não), porque, mesmo que (até contra o seu interesse) o risco se concretize, as probabilidades de que tal não aconteça são uma tentação suficientemente forte para que o agente não hesite. Segundo o raciocínio típico do risco, cada agente é tanto um jogador como um “homem de negócios”.

¹⁴¹ Cf. HINTIKKA, J., “Las intenciones de la intencionalidad”, em TOUNELA, R., *Ensayos sobre Explicación y Comprensión*, 1980, p. 9 e ss..

¹⁴² Cf. KENNY, A., *Aristotele's Theorie of the Will*, 1979.

Mas, no caso do prémio do seguro, a lógica do risco atinge um sentido diferente. O agente aceita um risco, que até pode não desejar, na medida em que a produção de um tal perigo ou risco do resultado típico (morte de uma pessoa) é condição inultrapassável do resultado – o agente não consente meramente em suportar o risco para ganhar, mas sabe que ganhará, verificando-se ou não a concretização do perigo. Enquanto o jogador enfrenta o risco, porque sem esse desafio não será verdadeiramente jogador, a pessoa do prémio do seguro nada tem de jogador, porque ganha sempre, concretize-se ou não o perigo do resultado.

Por isso, penso que tem toda a justificação concluir que, no exemplo dado de dolo eventual, o agente, embora não tenha tido, propriamente, a intenção de produzir o resultado típico, teve a intenção relativamente ao risco do resultado, como meio ou condição de obter o resultado – isto é, também aqui a lógica do risco não ultrapassa propriamente os quadros do raciocínio meio-fim que se tem vindo a considerar¹⁴³,¹⁴⁴. Mas já fora desta conexão entre o risco e fim da ação (resultado) não é aceitável o tratamento dos limites do dolo através de uma pura lógica do risco,

¹⁴³ Nesta perspectiva resolve o caso LACMANN como um caso de negligência consciente. A não ser que, pelos dados da situação concreta, se pudesse concluir que a fundamental motivação do agente seria o próprio “prazer do risco” e não ganhar a aposta.

¹⁴⁴ A discussão sobre os limites do dolo tem assumido bastante relevância, desde há algum tempo nos tribunais ingleses. A principal preocupação, depois do Criminal Justice Act de 1967, é saber quais são as alternativas à intenção direta do resultado para confirmar a “mens rea” no homicídio voluntário, “murder”. Tradicionalmente admitia-se que bastava “the intention either to kill or to do some grievous bodily harm” (Homicide Act of 1957), mas a partir do Criminal Justice Act e na sequência da recomendação da Law Commission acentuou-se a relação da intenção com o resultado morte, de forma que se gerou uma tendência para propor como alternativas de intenção do resultado a simples probabilidade do mesmo ou a previsão do risco do resultado. KENNY reflete criticamente sobre esta tendência, comentando várias sentenças em *Will, Freedom and Power*, 1975, p. 62. Também ROSS, A., comenta esta orientação no seu estudo “Über den Vorsatz – Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung”, 1979, pp. 47-78.

convertendo crimes de resultado em crimes de ação e crimes de dano em crimes de perigo.

D – A possibilidade de utilização de uma conceção extrovertida da vontade na figura do dolo eventual e a metodologia de distinção segundo tal perspectiva

1. A crítica à teoria da vontade causalista tem sido feita sobretudo pela filosofia da ação, que tem associado a identidade dos comportamentos à linguagem, nomeadamente com inspiração em Wittgenstein. Todavia, esse poder mais efetivo que se pressupõe no comportamento doloso não pode ser um poder desconhecido do agente, por ele não compreendido e dominado. Isto é, não poderemos estar apenas, em matéria de dolo, perante uma atribuição de sentido a um ato em si mesmo sem identidade prévia. Se assim fosse, o dolo seria uma leitura segundo um código de conduta exterior ao agente. Uma tal conceção puramente “normativista” do dolo colocar-nos-ia no universo kafkiano do *Processo*, em que o protagonista não sabe do que é acusado, mas aceita a sua culpa, toda ela, aparentemente, construída pela sociedade.

O *quid* a que as fórmulas distintivas entre o dolo e a negligência se refere não é uma mera interpretação social dos atos, ou qualquer regra de atribuição de sentido, mas a própria identidade de cada ato segundo uma racionalidade que lhe é inerente, compreensível por todos, porque em princípio a racionalidade do sujeito não é privada e diferente, na sua estrutura essencial, da racionalidade dos outros sujeitos. Poder-se-ia, assim, aceitar que para o Direito basta uma conceção extrovertida de vontade, de modo que as fórmulas devam permitir reconhecer quando é que no sentido comunicacional da interação social, que constitui a racionalidade inultrapassável (não só reconhecível) do sujeito da ação, estaremos perante um poder de direção e controlo da ação originadora do facto típico – uma decisão de que emerge como seu objeto a realização do facto típico.

2. Admitindo que é essa a substância que os critérios distintivos hão de descortinar, qual é o modo de tornar praticável um critério que permita apreender tal substância?

Nos casos de dolo direto e necessário, há, na realidade, uma inevitabilidade do resultado decorrente da situação, embora este não seja desejado por si mesmo (o que já aconteceria na figura da intenção criminosa em sentido estrito), de modo que a realização do facto típico ou é meio de satisfação dos motivos principais ou pelo menos é seu resultado inevitável (no caso do dolo necessário), sendo assimilado necessariamente pelos motivos de ação¹⁴⁵.

É a inevitabilidade da realização do facto no plano racional do agir que domina o significado social da ação e não a sua escolha pela vontade contra a corrente dos acontecimentos. Quem escolher a realização de certos fins terá de incluir a escolha, inevitável, da ação típica, a não ser que não tenha perccionado, por erro, a verificação do facto típico ou seja incapaz de compreender o significado dos seus atos.

Esta inevitabilidade reduz, em geral, radicalmente, a hipótese de rejeição da relevância, na culpa, do dolo em função da motivação, embora também não sejam impossíveis hipóteses em que a força de uma motivação principal obscureça o papel do motivo assimilado (a realização do facto típico). Por exemplo, quem mate uma pessoa na crença supersticiosa de que ela seja capaz de resistir, por razões sobrenaturais, a uma agressão a que nenhum ser humano resistiria (ser enterrado vivo, ingerir certo veneno, etc.) estará numa situação de dolo direto, na medida em que é do seu conhecimento causal que uma facada dada em certa parte do corpo produzirá a morte, mas sobrepõe ao seu conhecimento causal uma outra lógica com que compreende o mundo. A sua liberdade de opção poderá estar, por isso, afetada pelo conflito entre o sentido causal e o sentido supersticioso dos seus atos, mas esse é já um problema de capacidade concreta de culpa, como veremos.

¹⁴⁵ Para utilizar a linha argumentativa de ZIEGERT, U., *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, 1987.

Porém, abstraindo destas situações, não há conflito de sentidos significativo nos casos de dolo (dolo necessário) que leve a excluir a expressão total e automática do dolo do tipo na culpa do agente.

Nos casos de dolo eventual, a inevitabilidade da assimilação na motivação da ação da realização do facto típico não é, à partida, evidente, pois há, por definição, a possibilidade de não verificação do resultado. Todavia, já o risco da realização do facto típico, em si mesmo, é inevitável, embora a assimilação desse risco pela motivação da ação possa ser compatibilizada com a esperança e até o interesse na não produção do facto típico, como acontecerá no caso LACMANN, no caso das correias de couro e mesmo, para alguns, no caso dos mendigos russos¹⁴⁶.

Será, então, a inevitabilidade do risco um critério suficiente para identificar a analogia do dolo eventual com dolo direto ou necessário?

Há aqui, na verdade, que fazer a distinção – que a doutrina tem feito – entre a *consideração séria de um risco* e a sua relativização racional ou até leviana. Quem se desloca num meio de transporte falível e perigoso afasta, racionalmente, apesar de tudo de acordo com os critérios estatísticos, o risco de acidentes, de modo que tal risco não pertence, verdadeiramente, à base da decisão de viajar, não suscita um conflito atual e sério para o agente. Também quem dispare um foguete, num estádio de futebol, para festejar um golo, anulará, geralmente, o risco de atingir um espetador devido a

¹⁴⁶ Sobre estes casos, cf. a minha dissertação de mestrado, *Distinção entre o dolo eventual e negligência consciente*, ob. cit.. No caso LACMANN, dois amigos apostam em atingir uma bola que uma menina de uma barraca de tiro numa feira segurava nas mãos. No caso das correias de couro, os assaltantes tentam inanimar a vítima com vários meios, que se revelam ineficazes, até utilizarem as correias de couro com que acabam, por matar a vítima por estrangulamento, manifestamente não o desejando, pois até a tentam reanimar. No caso dos mendigos russos, crianças eram estropiadas para inspirarem a caridade pública nesse estado, e algumas delas morriam.

um erro de trajetória, pois o perigo dos foguetes está bastante relativizado pelo espírito de festa popular¹⁴⁷.

A *consideração séria do risco*¹⁴⁸ pressupõe já que o risco não seja anulado na base da decisão, mas aceite com todas as suas consequências. Quem arrisca a vida para salvar uma outra pessoa que está prestes a morrer no incêndio aceita, heroicamente, o fracasso, embora não o deseje. Joga na hipótese de êxito, mas tal como um jogador assume a possibilidade de fracasso. É o que acontece no caso dos estropiadores – os mendigos russos que utilizavam, nitidamente, uma lógica empresarial ao estropiarem crianças para as utilizarem na mendicância. Apostavam no êxito, embora não deixassem de aceitar a possibilidade de fracassos pontuais.

A inclusão séria do risco na base motivacional, nos termos de uma inevitabilidade da possibilidade do resultado, é algo de bastante parecido com a necessidade implícita nos casos de dolo necessário. Trata-se de uma espécie de versão negativa do comportamento heróico de alto risco.

Sendo o risco inevitável e o resultado típico possível, há uma assimilação desse estado pela decisão de agir, tal como ULRICH ZIEGERT parece sugerir¹⁴⁹. A decisão pela lesão do bem jurídico, a que ROXIN se refere, explicitar-se-ia também na estrutura comportamental como inclusão do risco do resultado no contexto comportamental da decisão e sua inevitável pressuposição.

É esta inevitabilidade de um risco intenso, não minimizável e relativizável, que torna o dolo eventual expressão de um modo de escolha entre alternativas de ação, idêntico ao que se verifica

¹⁴⁷ Refiro-me ao caso do *very-light*, de que se ocupou a Justiça portuguesa. Sobre tal caso, cf. o meu comentário em "O caso de *very-light*. Um problema de dolo eventual? (Comentário ao Acórdão do Tribunal de Circulo de Oeiras, 2.º Julho, de 13-fev.-1998)", em *Themis*, ano 1, nº 1, 2000, p. 173 e ss..

¹⁴⁸ Critério enunciado, sobretudo, por STRATENWERTH, G. – cf. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., p. 107.

¹⁴⁹ Como leio em ZIEGERT, U., *Vorsatz...*, ob. cit..

no dolo direto ou no dolo necessário. A inevitabilidade do risco intenso não se verifica só num plano objetivo e exterior ao agente, mas determina a consideração séria pelo próprio agente, isto é, implica que ele seja confrontado com a escolha entre aquela conduta e as que não importam qualquer risco. Tal escolha é inevitável, isto é, logicamente necessária.

A inevitabilidade do risco intenso pressupõe, assim, uma lógica da ação, que desenha, obrigatoriamente, a configuração da situação para o agente. Só constatada a premência objetiva de equacionar o risco se conclui pela inevitabilidade da sua consideração.

Se o agente, por ser prudente, vem a equacionar riscos mínimos, normalmente desprezados, não haverá nesse caso senão uma espécie de "dolo escrupuloso" bastante parecido com um "dolo supersticioso". Não é a atitude extraordinariamente escrupulosa do agente que prevê um risco da sua conduta e que, equacionando-o, prefere agir, que sustenta, por si, uma verdadeira culpa dolosa, pois não será facilmente atribuível à sua ação uma verdadeira identidade dolosa, desde logo num plano exterior e social.

Se uma pessoa pensar que pode transmitir uma bactéria ou um vírus através de um aperto de mão ou de um sopro, quando não é tido como possível que tal aconteça, não será um autor de homicídio consumado, na hipótese extraordinária de tal ter efetivamente acontecido, posteriormente comprovada pela ciência, como não será identificável como autor de homicídio tentado, se o resultado, como é normalmente previsível, não se chegar a verificar.

A inevitabilidade da consideração do risco implicada na atuação pressupõe, assim, uma intensidade média do mesmo, de acordo com critérios mais próximos da teoria da causalidade adequada do que da própria teoria do risco¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Com efeito, a teoria do risco proibido, como critério de imputação objetiva, admite, na sua lógica, a imputação em situações em que o resultado não seja verdadeiramente previsível, no caso do pequeno ferimento que suscita uma hemorragia

Há, deste modo, um plano objetivo na base da caracterização do dolo eventual. A sua estrutura não se reduz a uma linguagem puramente privada, assentando antes numa lógica de decisão e de estrutura racional do comportamento que o reconduz, de certo modo, a um silogismo prático¹⁵¹.

Não estaremos a prescindir, por esta via, de um elemento volitivo do dolo ou a ficcioná-lo, mas antes a redefini-lo segundo uma outra conceção de vontade. Mas esta redução do elemento volitivo à interpretação do sentido possível da linguagem concetual de que dispomos não pode conduzir, como se disse, à kafkiana desconsideração das representações do agente e do jogo das suas motivações. A linguagem social que nos permite discernir o que é um comportamento doloso não pode deixar de ser a linguagem de que o agente dispõe para representar e compreender o significado dos seus atos e através da qual se orienta no mundo e que também para si próprio é inultrapassável. O outro que julga está, de certo modo, em nós que agimos¹⁵².

Se uma pessoa seropositiva transmite o vírus da SIDA ao seu companheiro ou a um parceiro ocasional apenas porque deseja manter relações sexuais, apesar de a sua lógica emocional não ser a de uma decisão que importe a consideração do risco das consequências danosas, o agente não pode deixar, se não estiver em erro sobre o seu estado, de reconhecer que, paralelamente, e em conflito com a lógica emocional que o orienta, existe uma outra lógica de significação dos atos. Se o agente estiver toldado pela compulsão para agir, de modo que a sua consciência minimizou,

num hemofílico ou em que não há a certeza de que o resultado não sucederia sem ação perigosa. Sobre as diferentes formulações da teoria do risco, cf. STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 112, e, naturalmente, ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, ob. cit.*, p. 319 e ss..

¹⁵¹ Esta ideia foi por mim defendida em *A distinção entre dolo eventual e negligência consciente, cit.*. Muito importante sobre tudo isto é KENNY, A., *Will, Freedom and Power, ob. cit.*

¹⁵² Cf. RICOEUR, P., *Soi-Même comme un Autre*, 1990.

irresponsavelmente, os riscos inevitáveis, aí já estaremos perante uma questão de culpa, que remeterá para tal sede um julgamento decisivo sobre o peso e valoração na pena do dolo eventual.

E – A necessidade de uma específica relevância de culpa do dolo eventual

1. A relevância da posição de vontade no dolo eventual não será, porém, remetida globalmente para a culpa, mas terá já sido definida a partir de uma objetiva compreensão do significado dos atos, como elemento complementar, se insistirmos na autonomização de um elemento de vontade distinto do elemento intelectual do dolo.

Esta abordagem do dolo eventual não diminui a segurança jurídica, tal como uma pura formulação do dolo eventual como questão de culpa não representaria qualquer acréscimo de objetividade e certeza jurídicas. Com efeito, se a atribuição objetiva de significado através da interpretação permitida pela linguagem social parece fazer de cada um de nós uma vítima da interpretação que os outros possam dar aos nossos atos, também é verdade que, se os outros fizerem um uso honesto da linguagem social, como se espera de um tribunal, a interpretação do significado dos atos será a base de significação de que, inevitavelmente, partimos no nosso relacionamento. *Otelo*, que sente amor obsessivo, há de poder saber que tem ciúmes, pese embora prefira chamar a tal sentimento amor. Quem, por desejo, mantém relações sexuais estando contaminado com SIDA sabe que há um significado objetivo de risco da sua ação que a “estigmatizará” inevitavelmente como tentativa de homicídio.

Quando tal sentido for inevitável, o processo psicológico de sublimação ou afastamento do significado objetivo pela lógica do desejo ou pela compulsão para agir não permite, por si, imediatamente, no plano da tipicidade, que é o da significação social da ação, remeter a ação para a negligência consciente. Se não há

no contexto de significado social da ação um risco objetivamente minimizável, o processo psicológico de “pôr entre parênteses” não pode deixar de ser, apenas, uma questão de capacidade de culpa, em concreto.

Não me parece, assim, que as fórmulas como a “*consideração séria do risco*” do resultado ou a “*aceitação do risco*” possam ser utilizadas para descrever puras vivências intelectuais e da consciência, eventualmente errôneas, do agente. Elas são, antes, melhor utilizáveis como a descrição da significação necessária de certos contextos da ação, eventualmente um problema de consistência racional da decisão de agir. A relevância da vivência consciente e refletida do estado mental, que a fórmula descreve, suscita, antes, a questão da capacidade concreta de motivação pela norma sobre que versa o juízo de culpa.

2. Esta remissão para a culpa de uma parte do dolo eventual não é, porém, a remissão para um “resto” de culpa.

Não sustento, como ULRICH ZIEGERT, que apenas sejam excluídos do dolo eventual, em função da própria exclusão da culpa, os comportamentos dos inimputáveis.

A remissão para a negligência consciente de certos comportamentos não terá de ser produzida necessariamente no juízo de tipicidade, em todos os casos em que o agente afastou o risco do resultado, de modo racionalmente inconsistente, da base motivacional da decisão, ou melhor, do conflito que a antecedeu. Se uma inclusão do risco nessa base motivacional corresponde ao significado inevitável da interpretação da ação pela linguagem social disponível, então não será suficiente para alterar a identidade social da ação a incapacidade concreta do agente, inimputável ou imputável, em assumir na sua decisão a representação de tais motivações, por força de um conflito interno.

Não havendo erro sobre a factualidade típica, a demonstração de uma concreta incapacidade de motivação pela norma que prevê o crime doloso justificará, ainda, a exclusão da dimensão de culpa do dolo eventual e, necessariamente, a degradação da culpa do agente

na culpa típica da negligência consciente (no caso de o agente ser imputável), sem acarretar prejuízos quanto à responsabilização como participantes de outros agentes no crime doloso.

Não estaremos, todavia, somente perante um elemento emocional do dolo eventual ao concebermos esta dimensão de culpa. O que vale como questão de culpa não é apenas a atitude do agente perante o Direito, documentada no facto, como refere FIGUEIREDO DIAS¹⁵³, mas já uma espécie de concreta e atual capacidade de culpa. Mesmo a indiferença perante as normas jurídico-penais pode revelar uma insuperável *falta de motivação para uma motivação pelos valores ínsitos nas proibições penais* e ser, por isso, expressão de uma menor liberdade de escolha entre alternativas, um problema de concreta capacidade de culpa.

A defesa de um amplo domínio atribuído ao juízo de culpa na matéria do dolo eventual não diminui, necessariamente, a eficácia preventiva do Direito Penal, já que permite submeter a julgamento casos que, através de uma abrangência reduzida do dolo eventual na tipicidade, seriam excluídos. Por outro lado, acentuando o conteúdo do juízo de culpa, tal entendimento exige à sociedade que discuta nos tribunais o merecimento dos agentes concretos, estigmatizados como “agentes dolosos” pela linguagem social, num diálogo de culpa e de justiça.

Assim, esta solução parece ter tanto vantagens perante um conceito formal e muito abrangente de dolo eventual que, intelectualizando-o, tudo decidiria em sede de tipicidade, como perante um conceito muito restrito que criaria tensões na justiça penal e prejudicaria, injustamente, a solução de certos casos de comparticipação criminosa, por força das exigências lógicas da teoria da acessoriedade¹⁵⁴.

¹⁵³ Em *O Problema da Consciência da Ilcitude*, ob. cit., p. 255.

¹⁵⁴ Segundo a qual a realização do facto típico pelo autor é, pelo menos em regra, condição da punibilidade do comparticipante (artigos 26º e 27º do Código Penal), o qual é responsável pela participação no facto do autor. O Código Penal apenas se compatibiliza com as versões mínima e limitada da teoria da acessoriedade.

Mas qual será, então, o verdadeiro significado do juízo de culpa na decisão sobre o dolo eventual?

A tendência para reduzir o juízo de culpa a um juízo negativo de valor, só evidente em casos tipificados de exclusão da culpa, não assegura uma delimitação do dolo eventual suficientemente justa e adequada em certos casos de conflito intenso de motivações, em que o agente subtraiu à sua consciência uma normal consideração do risco do resultado.

Quando a intensidade da motivação supersticiosa no membro de uma seita leva tal pessoa a dar uma explicação não causal da ação humana, inventando regras não baseadas na experiência comum sobre a relação entre fenómenos, poderemos estar perante a incapacidade de alguém ser confrontado com uma escolha entre alternativas, próxima de uma situação de inimputabilidade.

Também o esquema psicológico obsessivo e a tendência auto-desculpabilizante podem gerar uma subtração irracional à vivência da situação de conflito entre o desejo e a inibição de agir em função do risco.

A pressão sobre a decisão de agir originada por uma certa motivação condiona, sem dúvida, em muitos casos, a “consideração séria do risco” que racionalmente se ofereceria. A questão que naturalmente se suscita é, então, a de saber se há que graduar a culpa em função de tais motivações. Porém, uma tal graduação da

Segundo a primeira, bastaria que o autor praticasse um facto típico para que os participantes (instigadores ou cúmplices) fossem puníveis. Nos termos da segunda, mais facilmente conciliável com uma ideia de Direito Penal limitado pelo princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, será necessário que o facto do autor seja típico e ilícito (isto é, não seja justificado ao abrigo de qualquer causa de exclusão de ilicitude). Incompatíveis com a pessoalidade da responsabilidade penal e com o princípio da culpa são as versões ampla e máxima da teoria da acessoriedade, nos termos das quais se requer a prática de um facto típico, ilícito e culposo e típico, ilícito, culposo e punível, respetivamente, pelo autor (cf. o artigo 29º do Código Penal).

culpa não deverá apoiar-se, apenas, numa distinção entre motivações más e boas, partindo da consideração da atitude do agente perante o Direito (embora tal perspectiva não seja irrelevante no plano da culpa). Haverá, ainda, antes desse juízo de valor sobre a motivação, que distinguir entre um efeito do conflito de motivações na concreta ponderação das opções de ação pelo agente que tenha afetado, de modo plausível e explicável pela psicologia humana, a compreensão do significado da sua ação como criminosa e outro tipo de pressão pelas motivações que tenha apenas levado o agente a afrontar o risco do resultado de acordo com uma lógica de preferência e de escolha, eventualmente inultrapassável para si.

Será, assim, no plano da culpa um juízo sobre a capacidade efetiva de ponderação do risco do resultado perante o contexto motivacional o que a figura do dolo eventual solicitará da justiça penal. A resposta a tal questão não se adquire no puro âmbito da censurabilidade das motivações, mas, antes disso, no âmbito da caracterização do significado pessoalíssimo da ação como questão de capacidade concreta de opção.

Claro que esta colocação do problema não há de permitir que a “lógica empresarial” de que fala PHILIPPS¹⁵⁵, caracterizando casos como o dos mendigos russos, exclua o dolo eventual. Enquanto racionalidade do nosso mundo, tal lógica comum da decisão económica não tem as características de uma lógica compulsiva impeditiva de uma posição ponderada perante o risco do resultado.

A esquizofrenia compulsiva que uma tal lógica empresarial pode na realidade atingir é, antes, a expressão de uma racionalidade económica global que pode implicar, nas suas piores versões, a perversão de todo um sistema, mas não descaracterizará um comportamento como decisão criminosa.

¹⁵⁵ PHILIPPS, L., em *Der Handlungsspielraum*, 1974, p. 72 e ss., e “Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko”, em *ZStW*, 85, 1973, p. 27 e ss., admitindo também o dolo eventual.

Torna-se necessário aceitar a plena complexidade do juízo de culpa, dando ao tribunal e ao Direito a oportunidade de discutir se o agente teve inibições na sua decisão, descaracterizando-a como decisão pela lesão do bem jurídico e contrariando o caráter sumário do juízo de culpa que a teoria normativa da culpa sacralizou¹⁵⁶. Não só se implica nesta complexização da culpa a atribuição ao tribunal do dever de discutir, para eventualmente limitar a responsabilidade, o valor das motivações, revelando os seus critérios de censurabilidade ético-jurídica, como, antes disso, se questiona se uma não ponderação do risco de resultado é subjetivamente insuperável segundo as possibilidades individuais, de acordo com uma compreensão do funcionamento psicológico concreto da pessoa e outras razões de contexto e oportunidade social.

Aplicando o que se discorreu ao caso Lacmann – o caso da rapariga da barraca de tiro que segura a bola na direção da qual um apostador dispara –, o juízo penal incide sobre os seguintes momentos: a inevitabilidade objetivo-subjetiva da ponderação do risco na decisão de atuar tomada pelo agente segundo um critério de significação objetiva da ação (questão a que não é alheia a pontaria, o tamanho do alvo e o saber se as circunstâncias concretas revelam um alto risco por todos compreensível); e, para além deste plano (que ainda diz respeito à tipicidade, em que se ponderará se a lógica de feira condiciona, em geral, a minimização de riscos com que o agente naturalmente contaria), no âmbito do juízo de culpa, será central o conflito motivacional vivido pelo agente, a partir da sua própria condição pessoal, como, por exemplo, se é objeto possível de análise a necessidade de afirmação associada a uma lógica de divertimento e de jogo ou o sentimento de irresponsabilização pelo jogo.

¹⁵⁶ Para a teoria normativa da culpa, esta tenderia a confinar-se a um juízo negativo de valor em que o arguido teria de provar uma circunstância impeditiva de uma censurabilidade inerente ao facto ilícito. Com efeito, é a esse desenlace que se chega quando a culpa é reduzida a um mero ponto de vista sobre o facto ilícito, sem base factual própria (cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 189).

Destas últimas considerações poderá decorrer um fenómeno de opacidade da consciência quanto à consideração do risco, que diminuirá a “liberdade da vontade” e degradará a culpa para um nível pelo menos próximo da negligência consciente.

F – Erro sobre a ilicitude, inimizabilidade e dolo eventual

1. A consideração na tipicidade do significado social da ação inevitavelmente oferecido ao agente suscita a dúvida sobre se o agente em erro sobre a ilicitude não lhe atribui necessariamente um significado não discordante do Direito e deixa de partilhar com os outros, por isso, a descrição do seu comportamento como de risco para um bem jurídico – transferindo agora para este plano valorativo o problema do dolo eventual e não o situando, apenas, na direta relação com a realização do facto típico.

O risco associado à ação só integrará a base da decisão, impondo-se a sua consideração ao agente, quando existir conhecimento da ilicitude da ação em função daquele risco do resultado?

E o inimputável cometerá um facto doloso típico na forma de dolo eventual?

A distinção entre o nível da tipicidade e o nível da culpa no dolo eventual permite duas considerações aparentemente não convergentes, mas que se podem harmonizar: em primeiro lugar, a consideração de que são, como refere SCHROTH¹⁵⁷, os elementos constitutivos do ilícito o objeto indispensável à decisão pela lesão do bem jurídico, formando o próprio sentido da ação; em segundo lugar, a consideração de que a posição errónea do agente perante a norma pode, mesmo assim, afetar a necessária ponderação do risco do resultado como contra-motivação da ação pretendida.

¹⁵⁷ *Vorsatz und Irrtum*, 1998, p. 11 e ss..

2. Há, sem dúvida, casos diferenciados conforme nos situemos no Direito Penal clássico ou em áreas mais periféricas e secundárias. Perante condutas cujo sentido está socialmente dependente de uma certa conformação jurídica, como acontecerá em certos crimes de dever, não é possível deixar de reconhecer que a falta de consciência da proibição, ainda que censurável, afetará o confronto do agente com o risco da realização do facto típico. A consideração séria do risco de realização do facto típico na decisão, em situações em que este é apenas consequência possível da conduta do agente, é necessariamente afetada pela impossibilidade de o agente adquirir a consciência da ilicitude.

Mesmo para além das situações em que o conhecimento da proibição é razoavelmente indispensável para a tomada de consciência da ilicitude – os casos de erro sobre proibições legais aparentemente neutras (artigo 16º, nº 1, do Código Penal) –, também a falta de consciência da ilicitude propriamente dita (artigo 17º do Código Penal) em função de um conflito de valores ou culturas pode afetar a relevância do dolo eventual na culpa. Em tais situações, o agente, devido a um obstáculo, não pondera na decisão como sério o risco de lesão de um bem jurídico em consequência da sua conduta, mas também – e mais incisivamente – não tem a liberdade de pensar plenamente a natureza da sua conduta, por estar toldado por uma lógica dominante da qual não consegue subtrair a sua consciência.

Nestas situações, ao valor imperativo da linguagem social sobrepõe-se a complexidade do conhecimento dos valores numa sociedade cada vez mais plural e complexa.

G – O dolo eventual e a contraposição entre o eu e o outro, na linguagem humana

A teoria extrovertida da vontade pressupõe, de algum modo, uma unicidade total da razão a partir da contingência da linguagem. Se não há linguagens privadas, há necessariamente linguagens

diferentes. Nessas linguagens diferentes inscrevem-se racionalidades diversas. O outro que “disciplina” a minha razão é cada vez mais uma pluralidade de critérios, de facetas, de pontos de vista, de valores conflituantes. O que é inevitável é inevitavelmente inconstante. A hipótese de utilização de uma teoria extrovertida da vontade no dolo eventual, sendo sedutora, exige, porém, cada vez mais, a descoberta dos “palácios esplêndidos” onde, para se entrar, será preciso ter o desejo de fazer da Ciência do Direito um estudo de uma específica dimensão da pessoa e manter na teoria do crime um lugar privilegiado para o “diálogo de culpa”, sempre corretor de uma objetivização excessiva dos conteúdos da consciência.

H – Da análise do problema à experiência jurisprudencial

A jurisprudência portuguesa, seguindo muito o discurso doutrinário e com bastante informação, tende a reduzir a complexidade dos casos a algumas vertentes essenciais tais como as alternativas entre conformação-indiferença e conformação-aceitação positiva¹⁵⁸ ou a utilizar inferências lógicas, de acordo com a experiência comum, para identificar o dolo a partir do elemento intelectual.

¹⁵⁸ Cf., entre vários outros, o Acórdão do STJ de 1-out.-1998, Proc. 98P567, fazendo essa distinção e exigindo algo mais do que a indiferença. Aparentemente, num outro sentido, o Acórdão do STJ de 20-out.-2010, Proc. 3554/02, ao reduzir-se o dolo a saber “se o agente tomou a sério o risco de (possível) produção do resultado e se, não obstante, não omitiu a conduta, poderá com razoável segurança concluir-se logo que o propósito que move a sua atuação vale bem, a seus olhos, o preço da realização do tipo, ficando deste modo indiciado que o agente está intimamente disposto a arcar com o seu desvalor”.

O dolo eventual é assim reduzido à inferência de conformação do agente com a realização do facto típico a partir de uma representação do risco, quando não existir uma explícita confiança na sua não concretização. Mas o discurso não é totalmente inequívoco, porque não é claro se a indiferença perante a lesão dos bens jurídicos é uma dedução ou um pressuposto, uma conclusão ou um autêntico elemento emocional.

A maior dificuldade que se revela no tratamento dos casos é exatamente a configuração da premissa-chave da inferência. Em geral, a jurisprudência apoia-se em avaliações da inevitável aceitação da realização de facticidade típica a partir da experiência comum e da previsão do risco como provável. No entanto, nos casos tratados, os tribunais não fazem uma articulação muito nítida com as representações e vivências dos agentes em concreto, partindo de observações gerais e de citações doutrinárias. Não utilizam elementos de matéria psicológica – que propositadamente dispensam – para utilizarem fórmulas sobre a racionalidade de qualquer pessoa. Excluem a coerência entre a motivação do agente e a aceitação do risco ou outros fatores como o “tempo psicológico” de decisão¹⁵⁹. Deste modo, a valoração da atitude é automaticamente inferida de uma posição intelectual relativamente à realização do facto típico, como a que consiste em o agente não poder deixar de prever a realização do facto típico ao menos como consequência possível.

Não se considera, assim, uma valoração autónoma da posição do agente perante o facto proibido como uma espécie de elemento emocional.

Por outro lado, muito duvidosamente de acordo com o princípio da legalidade na interpretação conjugada dos artigos 14º e 15º do Código Penal, a jurisprudência configura o espaço lógico entre a conformação com a realização do facto típico e a confiança na sua não verificação como se fosse exigível a prova positiva da confiança (requerida para não se afirmar uma presunção de conformação).

¹⁵⁹ Isso é muito nítido, no Acórdão do STJ de 20-10-2010, em que o discurso sobre o dolo do arguido que fez com o autocarro que conduzia uma curva apertada a uma velocidade elevada para que as vítimas que se tinham pendurado caíssem, após um conflito com as mesmas, prescinde totalmente da análise do tempo psicológico de decisão. Sobre esse mesmo Acórdão, veja-se PALMA, M. F., “Time and Guilt of Consciousness”, em *Anatomia do Crime*, nº 3, 2016, p. 22. Nesse caso, o facto de o arguido se ter querido desembaraçar das vítimas é equiparado à decisão de matar sem mais.

não se concebendo, diferentemente, de acordo com o princípio da necessidade da pena, que a conformação tem de ser positivamente verificada, remetendo-se para a “confiança na não realização do facto típico” todas as situações em que a conformação seja duvidosa.

1 – Dolo e elementos subjetivos da ilicitude

1. Na estrutura dos tipos legais de crime, o elemento subjetivo que permite identificar a ação nem sempre se basta com um mero dolo do facto, isto é, com a condução e controle pela vontade da ação. Por vezes, há uma exigência no tipo legal de crime de “intenções específicas” ou até de motivações e atitudes. Estes elementos subjetivos definem o comportamento típico, revelando que o legislador quis identificar restritivamente a conduta típica como uma ação de certa espécie.

Isto sucede, por exemplo, para evitar equivocidade quanto à conduta proibida em certas ações materialmente incompletas, mas já lesivas, em que só uma determinada finalidade do agente para além da ação realizada identifica a conduta proibida.

Essa restrição da conduta típica pode estar associada a uma razão histórica, como acontece no furto. A “intenção de apropriação de coisa alheia” é essencial para identificar o significado social do tipo de crime, sendo atribuível a natureza de furto, segundo a linguagem construída pela tradição jurídica, às ações de subtração de coisa alheia com a finalidade de apropriação. A subtração de coisa alheia para mero uso temporário não corresponde ao significado tradicional do furto nem tão-pouco ao aspeto comportamental que o legislador quis incriminar com a específica gravidade do furto, por não se dirigir a pôr em causa de modo definitivo o direito de propriedade de uma pessoa sobre uma coisa nem afetar de modo essencial as faculdades de uso e de disposição.

A restrição da conduta típica através dos elementos subjetivos específicos pode depender ainda da mera vontade legislativa de circunscrever a incriminação a comportamentos dolosos que exprimam uma inequívoca vontade de lesar certos bens jurídicos, excluindo outras situações. Isso acontecerá quando a conduta objetiva seja um fraco suporte para identificar inequivocamente uma vontade de lesar um certo bem jurídico, como já se referiu. Tal situação verifica-se no crime tentado, mas também em casos como a contrafação de moeda prevista no artigo 262º, em que o legislador caracteriza a conduta típica como “quem praticar contrafação de moeda, com a intenção de a pôr em circulação como legítima...” ou os crimes similares previstos no artigo 263º (depreciação do valor de moeda metálica) ou no artigo 266º (aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação) e vários outros casos da mesma natureza em que a conduta típica se define em função da realização do fim de que ela é instrumental, consumando-se antes da verificação desse fim.

Ainda se podem autonomizar outros grupos de casos em que exista mesmo uma exigência de verificação de atitudes internas, motivações ou impulsos íntimos que confirmem um significado à ação que não decorre apenas da direção pela vontade do comportamento exteriorizado. É o que se verifica, por exemplo, com expressões como “ato de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima” ou ainda mais notoriamente “ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual” no artigo 132º, nº 2, alíneas a) e c) e, também, nos chamados crimes de ódio, como se prevê na alínea f) do artigo 132º do Código Penal¹⁶⁰.

Por vezes, também, se utilizam expressões como “conscientemente e contra direito”, no crime de denegação de justiça (artigo 369º), “com intenção ou com consciência”, no crime de favorecimento

¹⁶⁰ Sobre, em particular o homicídio qualificado, cf. PALMA, M. F., *Direito Penal, Parte Especial, Crimes contra as Pessoas*, 1983, p. 40 e ss..

pessoal, previsto no artigo 367º e a intenção de prejudicar, no crime de prevaricação previsto no artigo 369º, nº 2. Tais expressões reclamam para a verificação da tipicidade uma especial consciência e vontade de produzir um resultado. Nesses casos, poderá não ser bastante uma mera conformação da vontade a título de dolo em qualquer das modalidades previstas no artigo 14º do Código Penal, restringindo-se o âmbito do dolo relevante¹⁶¹, nomeadamente não sendo integrados os comportamentos caracterizados como dolo eventual (artigo 14º, nº 3).

2. Sem prejuízo de uma classificação mais exaustiva, a partir da Parte Especial do Código Penal e da legislação penal avulsa, é possível distinguir, pelo menos, quatro categorias de casos¹⁶²: os casos de intenção específica essenciais à delimitação típica do comportamento, em termos sociais e linguísticos, de que são exemplos os tipos legais como o furto (artigo 203º) ou a burla (artigo 217º)¹⁶³, em geral, os chamados crimes de aproveitamento; os casos de configurações típicas em que há uma manifesta antecipação da tutela penal, como acontece nos crimes com estrutura de atos preparatórios ou de tentativas e no próprio crime tentado – neles o elemento subjetivo refere-se a um crime consumado ulterior que pode ou não vir a verificar-se, como será a passagem de moeda nos crimes de falsificação ou o resultado típico em qualquer crime tentado¹⁶⁴; os casos de atitudes mentais, motivações, tendências, impulsos que dão uma específica conotação e significado à ação,

¹⁶¹ Há casos em que se exige dolo direto como acontece no artigo 369º, nº 2, do Código Penal. Outros casos há em que se exige uma consciência precisa e direcionada como acontece no crime de denegação de justiça (artigo 367º), excluindo-se o dolo eventual.

¹⁶² Cf. sobre toda esta questão, STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, ob. cit., § 8º, p. 33 e ss., p. 110 e ss..

¹⁶³ No caso da burla configura-se “a intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo”, trata-se mais evidentemente do que no furto de uma intenção que ultrapassa a conduta típica em termos objetivos.

¹⁶⁴ Artigo 22º do Código Penal.

exprimindo simultaneamente uma tipicidade construída a partir de uma ressonância moral negativa da conduta; e os casos em que o legislador pretendeu, em nome do princípio da necessidade da pena, abranger apenas certas espécies de dolo, geralmente a intenção ou dolo direto do primeiro grau, como parece acontecer nos crimes contra a realização da justiça anteriormente citados, tendo, sobretudo, em vista que as outras espécies de dolo poderiam abranger comportamentos ainda com um significado neutro. Assim, por exemplo, nos crimes de denegação de justiça e no de prevaricação previstos no artigo 369º, o funcionário que admita que a não promoção de um processo disciplinar possa ser contra direito, ao não praticar os atos de promoção decorrentes do cargo, pode apenas pretender resolver o problema que lhe é colocado através de uma gestão informal, sem pretender denegar a justiça diretamente, mantendo, por isso, dolo necessário ou eventual quanto à violação do dever que constitui o comportamento típico. E, no caso do artigo 369º, nº 2, em que se prevê que o facto é “praticado com intenção de prejudicar ou beneficiar alguém”, é nítido que a aceitação a título de dolo eventual desse efeito não está abrangida. Na verdade, a fórmula linguística exige que a conduta seja orientada pelo agente para uma finalidade específica, revelando uma coincidência entre a razão de ser da ação para o agente e a direção objetiva da ação, característica do dolo direto.

3. Os grupos de casos anteriormente selecionados abrangem os chamados crimes de resultado cortado ou parcial, os crimes com elementos de atitude e os crimes de intenção específica. Em todas as categorias, o objeto do dolo ultrapassa o comportamento típico objetivo, não havendo coincidência entre o objeto que, em última análise, a vontade pretende atingir e a conduta suficiente para realizar o tipo¹⁶⁵. Mas esse desfasamento tem significados diferentes e diferentes consequências em matéria de dolo.

¹⁶⁵ A jurisprudência não parece admitir a combinação de crimes de intenção específica e dolo eventual (cf. Acórdão da RGm de 14-set.-2009, Proc. 869/02).

Quando se verifica um crime de resultado cortado ou parcial, em que o comportamento típico é apenas uma etapa para a obtenção de um resultado ulterior que não se terá de efetivar para a realização do tipo, mas que é referência do dolo, não é inviável que todas as espécies de dolo, incluindo o dolo eventual, sejam admissíveis. Assim, por exemplo, o agente admite e aceita que a sua atuação de enganar a vítima para se divertir, fazendo-se passar por um fiscal das finanças, pode levar a uma entrega de dinheiro, mas não a dirige especificamente a esse fim. Apesar de não se verificar intenção ou mesmo dolo necessário, mas apenas dolo eventual, o elemento subjetivo do tipo de burla verificar-se-á¹⁶⁶.

Já nos crimes com elementos de atitude ou de intenção específica, que correspondem às duas últimas categorias exemplificadas, não pode verificar-se a tipicidade do facto, quando a atitude ou motivação não se verificarem ou quando a intenção específica, que corresponde à primeira espécie de dolo no sentido do artigo 14º, nº 1, do Código Penal, não se verificar.

Não tem sentido admitir que a intenção específica, que se define como expressão de um sentimento, ou uma denegação de justiça, com intenção de prejudicar ou beneficiar outros, possa estar preenchida com mero dolo eventual¹⁶⁷. A referência, nestes últimos casos, à intenção específica exige uma total coincidência entre

A propósito do crime de recetação descrito no artigo 231º, nº 2, do Código Penal, cuja natureza dolosa é indiscutível, por não estar expressamente prevista a negligência, como é requerido pelo artigo 13º do Código Penal, admite-se, na linha de Pedro Caeiro, uma recetação a título de dolo eventual, o que demonstra a possibilidade de combinação de uma intenção específica quanto à obtenção de vantagem patrimonial para si ou para terceiros com “a mera admissão pelo agente de as coisas terem tal origem” (cf. o referido Acórdão). No entanto, a perspectiva da jurisprudência parece ser a de que o crime a título de dolo eventual, menos gravemente punido, não requererá qualquer intenção específica, pelo facto de a lei não a mencionar explicitamente diferentemente do que faz no artigo 231º, nº 1.

¹⁶⁶ Veja-se, por exemplo, ROXIN, C., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 440 e ss. e STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 33 e ss..

¹⁶⁷ Conforme foi reconhecido pela jurisprudência atrás citada.

a razão de ser da ação e o fim exterior para que está orientado o comportamento. Diferentemente, parece acontecer para o agente em casos como o de crime de burla, em que a finalidade da ação, o resultado pretendido que subjaz à lesão de bens jurídicos, apenas possa corresponder a uma possibilidade aceite pelo agente, a qual representa um “nexo de possibilidade” entre a ação e esse fim, que o agente não tem de desejar nem de corresponder à única finalidade da ação.

Em todo o caso, não se deverá confundir dolo eventual com uma situação em que o agente com uma intenção específica, por exemplo, a intenção de prejudicar alguém perante a justiça, realiza ações ou omissões que não tem a certeza que sejam adequadas para tal fim – caso em que a intenção específica se verifica como em qualquer situação de dolo direto, em que seja diminuta a probabilidade de o resultado ser alcançado. O mesmo acontecerá, no próprio furto, quando o agente não tiver a certeza de que o objeto que subtrai é coisa alheia, mas considerar essa possibilidade.

Mas não se deverá confundir com preenchimento da intenção específica as situações em que o agente faz depender o resultado que pretende alcançar de uma certa condição ou acontecimento ulterior. O agente, por exemplo, pretende prejudicar outrem denunciando-o, e inicia as diligências para praticar a falsa denúncia, reunindo elementos de prova, mas projeta só tomar uma decisão se não obtiver um certo benefício que deseja obter da vítima. Nesse caso, apenas haverá “dolo condicional”, que, por não consubstanciar ainda uma decisão, não chega a ser dolo¹⁶⁸.

4. Esta análise dos elementos subjetivos do tipo corresponde apenas a uma orientação sistemática, não devendo, na interpretação em concreto, deixar de se fazer uma articulação entre o conceito

¹⁶⁸ Cf. PALMA, F., *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, 2006, p. 79 e ss., a propósito da conjugação do conceito de tentativa com as várias espécies de dolo, referindo-se um caso de dolo condicional e intenção (p. 83, nota 65).

geral de dolo previsto na Parte Geral do Código Penal e o elemento subjetivo do tipo previsto em cada tipo legal de crime, com respeito pelo princípio da legalidade.

Em regra, a definição de dolo da Parte Geral e a descrição dos tipos legais de crime articulam-se plenamente, integrando a descrição dos tipos dolosos todas as espécies de dolo previstas na Parte Geral. Prevaecem, no entanto, as especificidades do tipo subjetivo identificáveis na Parte Especial, construídas com base num pensamento legislativo geralmente restritivo do âmbito do tipo subjetivo, como acontece nos tipos que preveem uma intenção específica.

A questão mais pertinente, que subsiste em face dos princípios de Estado de Direito, é a compatibilidade com o princípio da legalidade de certos elementos de atitude, de motivação, de impulso interior, na medida em que anteponham uma valoração da atitude ao facto, invertendo a lógica garantista do princípio da legalidade, segundo a qual o facto caracterizado objetivamente é o objeto do dolo.

De acordo com o princípio da legalidade, os elementos de atitude, de motivação, de impulso interior não podem fornecer ao intérprete uma leitura do facto no seu significado objetivo, dispensando a danosidade ou ofensividade do mesmo¹⁶⁹.

Assim, por exemplo, como refere STRATENWERTH¹⁷⁰, a crueldade não identifica o facto sem que a vítima tenha podido sentir um especial sofrimento, o que não acontecerá se tiver ficado inconsciente e o agente não o tiver percebido. O que está em causa nestas situações é a possibilidade de que a mera perversidade do agente ou o conteúdo do seu ânimo, embora perigosos, sejam a base do desvalor da ação de violação do dever para com o Direito em que assenta o conceito de crime. A mera atitude contrária ao Direito

¹⁶⁹ Cf. Acórdão da RCB de 27-nov.-2013, Proc. 98/07, em que se afirma “a dependência dos elementos de atitude de um suporte em factos externos e objetivos.

¹⁷⁰ Cf. STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, ob. cit., §§ 8º, 150º, p. 113.

e até a atitude perversa para com a vítima, mas não suportada em factos, não pode ser o fundamento da violação do dever, do ilícito, em que se erige a responsabilidade penal.

J – Dolo e “preterintencionalidade” – crimes dolosos e crimes agravados pelo resultado

No Código Penal, as fronteiras do dolo perante a negligência são traçadas no artigo 14º. Na tradição jurídica portuguesa, admitia-se ainda uma figura intermédia entre o dolo e a negligência, a chamada preterintencionalidade. Com a expressão oriunda da combinação entre *praeter* e *intentio* procurava-se delimitar situações em que a conduta do agente alcançava um certo resultado típico, como a morte de uma pessoa, “por causa” da intenção de praticar um outro facto menos grave, como um crime de ofensas corporais, presumindo-se, nesse caso, uma certa “intencionalidade” em sentido amplo ou difuso que englobaria esse resultado mais grave¹⁷¹.

A preterintencionalidade corresponderia sempre a um quase-dolo, a algo mais do que a negligência, mas que também não atingiria a gravidade no plano da culpa do crime doloso. O agente por força de elevada perigosidade da conduta dolosa menos grave atingiria um resultado mais grave, que não desejava nem pretendia dolosamente.

Haveria, assim, um duplo nexos de causalidade: um nexos entre o comportamento menos grave doloso e o respetivo resultado – como, por exemplo, entre uma conduta de ofensas corporais e o seu resultado – e um outro nexos entre esse primeiro resultado, as ofensas corporais, e o segundo resultado mais grave – utilizando o mesmo exemplo, a morte de uma pessoa.

¹⁷¹ Sobre a definição da figura, ver CORREIA, E., *Direito Criminal*, I, 1971, p. 439 e ss., FERREIRA, CAVALHEIRO DE, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, I, 1988, p. 236 e ss. e DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral, ob. cit.*, p. 315 e ss., bem como *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, 1961, p. 55 e ss.

A posição de vontade do agente quanto ao resultado mais grave seria a de uma aceitação quase necessária do mesmo por força da gravidade do resultado menos grave – do perigo típico associado à realização do crime fundamental, como é referido por FIGUEIREDO DIAS¹⁷².

A doutrina penal não começou por reconduzir tal estrutura comportamental à combinação entre dolo e negligência, mas antes admitiu uma espécie de presunção de dolo¹⁷³, que justificaria a atribuição ao agente de uma responsabilidade agravada pelo resultado, que ultrapassaria a mera combinação entre dolo e negligência.

Foi esta solução que começou a ser rejeitada no pensamento jurídico-penal, que a confrontou, sobretudo, com o princípio da culpa. Com efeito, a pura e simples agravação pelo resultado sem qualquer fundamento pelo menos a título de uma especial violação de deveres de cuidado da atuação do agente quanto ao resultado mais grave seria uma responsabilidade objetiva, baseada numa presunção de dolo e de culpa, decorrente de uma sequência dos resultados, que poderia ser ocasional.

Essa crítica foi plenamente recebida pelo Código Penal de 1982 que, diferentemente do Código de 1886, previu explicitamente, nos crimes agravados pelo resultado, que a imputação do resultado mais grave deveria ser “pelo menos” a título de negligência (artigo 18º do Código Penal). Neste sentido, a medida da pena, nos crimes agravados pelo resultado, não excede em geral um concurso efetivo entre o crime doloso menos grave e o crime negligente correspondente ao resultado, embora se possa conceber, pelo

¹⁷² *Direito Penal, ob. cit.*, p. 319.

¹⁷³ Tratava-se, na realidade, do chamado *versari in re illicita*, isto é, da ideia de que quem pratica um ato ilícito tem de suportar a responsabilidade pelas consequências. Ver DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, ob. cit.*, p. 316.

menos quanto ao limite superior da medida legal da pena, uma fundamentação na negligência grosseira¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

L – Erro e dolo. Novas construções do elemento intelectual do dolo e a doutrina do erro

1. O dolo é configurado, tradicionalmente, através de um elemento intelectual e de um elemento volitivo¹⁷⁶. A ideia subjacente é a de que a forma específica de vontade correspondente ao dolo

¹⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS entende que o artigo 18º do Código Penal “logra a compatibilização possível desta figura típica com o princípio da culpa” mas exige que o perigo derivado do crime fundamental seja “típico”, isto é que seja uma “quase consequência necessária daquela espécie de delito e não também de outras espécies relativamente às quais a agravção pelo resultado não se encontra legalmente prevista”. Cf., *Direito Penal*, ob. cit., p. 319.

¹⁷⁵ Questão interessante, na interpretação do artigo 18º, é saber se a expressão “pelo menos a título de negligência” nos crimes agravados pelo resultado não pode significar que “pelo mais” seria concebível uma agravção pelo resultado em que se combinariam dois crimes dolosos. Tal solução seria absurda porque o dolo conduzia, então, a uma forma criminosa unitária – o crime agravado pelo resultado – tendencialmente menos grave do que o concurso entre dois crimes dolosos, já que, em geral, a medida legal da pena na agravção pelo resultado não atinge o nível de um concurso de crimes dolosos (já assim tratei o problema em *Direito Penal, Parte Especial*, cit., p. 128). FIGUEIREDO DIAS entende, porém, que haveria hipóteses em que se justificaria o recurso à agravção pelo resultado quando a punição do dolo eventual ou necessário estivesse legalmente afastada ou nas situações em que um concurso efetivo do crime doloso mais grave com o crime doloso menos grave antecedente não devesse ser aceite (cf. *Direito Penal*..., ob. cit., p. 320).

¹⁷⁶ Esta distinção jurídica de elementos tem um lugar correspondente na discussão filosófica, a propósito da contraposição entre o intelecto e vontade. Tal contraposição é sobretudo discutida em S. Tomás de Aquino na *Summa Theologiae*, concluindo este que é o intelecto que move verdadeiramente a vontade. Tal como o aquecimento é determinado pelo calor, o intelecto põe em movimento a vontade, propondo-lhe o seu objeto (cf. *Summa Theologiae*, I a II, alínea q), 9º.1). Já em Aristóteles, seria a razão prática e a decisão racional (*prohairesis*) a determinação da ação, derivando toda a incontinência da vontade do erro (cf. *Ethica Nicomachea*, VII, 1140 b, 5-6). Sobre a vontade em Aristóteles, cf. KENNY, A., *Aristotle's Theory of Will*, ob. cit., e BRITO, J. SOUSA E, “La fondazione dell'etica in Aristotele”, em *False e*

requer um certo nível de consciência ou conhecimento do facto descrito na lei penal e ainda uma determinada posição afetiva ou emocional¹⁷⁷ perante esse facto. Tal posição afetiva resultará, para alguns autores, de um momento mental *sui generis* e, para outros, da mera interpretação objetiva da conduta, reveladora da sua racionalidade¹⁷⁸.

Em todo o caso, aceita-se, generalizadamente, que não há dolo sem consciência, conhecimento, previsão ou, para utilizar a fórmula do artigo 14º do Código Penal, “representação” da realização do facto típico. As situações de indiferença inconsciente perante o resultado da conduta não revelam, em princípio, o elemento intelectual do dolo à luz da doutrina penal dominante.

vere alternative nella teoria della giustizia, Lezioni napoletane di filosofia del diritto, 2011, p. 65 e ss.. A distinção entre os elementos intelectual e volitivo de uma ação tem, sobretudo sentido para uma psicologia intelectualista da ação voluntária que atribui ao conhecimento do objeto da ação e do seu significado uma função essencial no agir. Na história do pensamento penal, a figura do dolo foi progressivamente abrangendo situações em que o resultado penalmente relevante não era objeto direto da intenção, como acontecia no direito romano, através da doutrina de BARTOLO e da figura do dolo indireto de COVARRUBIAS, e com a teoria da vontade de BÖHMER que concebeu uma vontade eventual (sobre esta evolução cf. SCHAFFSTEDT, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, ob. cit., p. 107 e ss.). Nesta evolução do pensamento jurídico, manifesta-se uma progressiva intelectualização do próprio conceito de dolo por razões que poderíamos qualificar de política criminal.

¹⁷⁷ Posição que exprime a ideia de um impulso, movimento ou adesão.

¹⁷⁸ Sobre diversos entendimentos do conteúdo dos elementos intelectual e volitivo do dolo, cf. ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 (reimp., 1964). A perspetiva de um estado mental de certo tipo, vivido, como critério da ação voluntária aproxima-se de uma conceção introvertida da vontade, cartesiano, enquanto uma visão da ação voluntária, extrovertida, como foi desenvolvida pelo behaviorismo, na Psicologia, e na Filosofia, por autores como WITTGENSTEIN, reduzirá o aspeto intelectual do ato volitivo a uma possibilidade da sua interpretação de acordo com a racionalidade da linguagem social (cf., em geral, PALMA, M. F., “A vontade no dolo eventual”, em *Livro de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, 2002, p. 795 e ss., na perspetiva filosófica, cf. KENNY, A., *Will, Freedom and Power*, ob. cit.).

Todavia, esta afirmação não exclui, em absoluto, que o conhecimento do facto signifique algo meramente implícito à ação que não seja objeto de conhecimento refletido. Além disso, por vezes as dificuldades de delimitação concetual são transpostas para a prova, ou seja, o momento intelectual do dolo leva a procurar nos factos os indícios relevantes do conhecimento do agente, apesar de tal conhecimento não se poder provar diretamente¹⁷⁹.

Esta apresentação dos problemas associados ao elemento intelectual do dolo pretende afastar a convicção de que o dolo se verifica como um processo mental em que a consciência precede e comanda um impulso da vontade, concebido como momento temporal autónomo. Tal descrição do comportamento doloso através de um elemento intelectual totalmente autónomo do volitivo não corresponde, na verdade, a uma imagem do processo real, sendo um mero efeito da análise da diferença entre o dolo e outras espécies de comportamento voluntário.

As análises empíricas dos atos volitivos levadas a cabo pela psicologia e pela neurociência¹⁸⁰ dão-nos conta de processos complexos nos quais não há necessariamente uma cronologia temporal, em que surja, no início, uma fase de consciência ou uma representação intelectual, seguida de um impulso da vontade propulsor da ação. Está antes em causa um processamento de fenómenos de adaptação à realidade¹⁸¹, que seleciona representações

¹⁷⁹ Poder-se-á falar mesmo, como refere ULRICH SCHROTH, de uma definição que pretende atingir o que caracteriza especificamente qualquer orientação da ação dolosa ou apenas da constituição de um sistema de imputação do dolo (cf. SCHROTH, U., *Vorsatz und Irrtum*, ob. cit., p. 3).

¹⁸⁰ Cf. sobre a reflexão da neurociência acerca dos comportamentos voluntários, LIBET, B., "Do we have Free Will?", em *The Oxford Handbook of Free Will*, coord. Robert Kane, 2002, p. 551 e ss.. O autor sustenta que a consciência apenas tem uma função de controle ou veto, não existindo nenhuma prova de atividade neuronal, mesmo que inconsciente a preceder a ativação de tal função (pp. 558-559).

¹⁸¹ Cf. LIBET, B., *text. cit., loc. cit.*, que afirma "To be conscious of the decision to veto does mean one is aware of the event". Sobre a noção de adaptação à realidade como critério de ação livre, cf. ainda FRANKFURT, H., "Identification and wholeheartedness",

armazenadas no cérebro como meio de resposta aos estímulos exteriores.

Num artigo muito interessante sobre "neurofilosofia", HENRIK WALTER sustenta que "não é necessária nenhuma consciência cartesiana (...), nenhuma consciência que realize o trabalho inteiro de entendimento e razão". Para este autor, "é suficiente ter uma série de processos de adaptação ultra-rápidos que aderem a leis fisiológicas"¹⁸².

O estudo dos distúrbios mentais que levam certos pacientes a agir compulsivamente ou a sentir que não são eles mesmos que agem permite pensar que existe, no funcionamento do cérebro, um modo de se sentir e reconhecer a si mesmo que se efetiva quando agimos¹⁸³. Não se trata da mera congruência de um estado de consciência com a ação, mas de um processo de ativação do reconhecimento e domínio de si na ação.

Deste modo, a verificação da "representação" do facto não é algo que corresponda a uma concetualização do modo como se processa realmente, num plano naturalístico, o comportamento intencional. Essa verificação do elemento intelectual do dolo corresponde antes à concetualização jurídica possível do que poderá e deverá ser objeto de prova como indicio de uma ação dolosa.

Quando se define o dolo como representação e vontade, exigindo-se um certo tipo de consciência ou de conhecimento, estaremos, de alguma forma, a simplificar o objeto de análise. Limitaremos, seguramente, o âmbito de comportamentos reveladores do grau de domínio de si suficiente para fundamentar o mais grave título de responsabilidade – o dolo.

em *Responsibility, Character and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, ed. Ferdinand Schoeman, 1987, p. 25 e ss.

¹⁸² Cf. WALTER, H., "Neurophilosophy of Free Will", em *The Oxford Handbook of Free Will*, ob. cit., p. 565 e ss..

¹⁸³ Cf. LIBET, B., *text. cit., loc. cit.*, e FRANKFURT, H., *text. cit., loc. cit.*, p. 30, quando conclui que "consciousness is self-consciousness".

Ao tratar do elemento intelectual do dolo, bem como ao tratar do elemento volitivo, confrontamos a necessidade de relacionar o conteúdo tradicional desse elemento com uma compreensão da ação intencional em sentido amplo. O elemento intelectual do dolo deverá ser compreendido, no seu âmago concetual, não apenas como conhecimento ou representação do facto, como uma pura relação entre sujeito do conhecimento e objeto do conhecimento, mas, globalmente, como reconhecimento de si, da sua racionalidade e experiência anterior, ao agir daquele modo naquele contexto concreto, isto é como relação do sujeito consigo mesmo, o que sempre excluirá um conhecimento não assimilado, mas também prescindirá de uma consciência reflexiva.

A noção da complexidade do funcionamento da vontade no dolo leva-nos a ter de analisar cuidadosamente a doutrina tradicional do elemento intelectual do dolo. Essa análise traduz-se em dois aspetos: o sentido da afirmação de que não há dolo sem consciência, conhecimento, previsão ou representação; e o significado de se exigir um certo grau ou intensidade desse elemento.

2. Em primeiro lugar, o elemento intelectual do dolo não significa, como resulta do que se disse, necessariamente, um momento com uma realidade histórica e espacio-temporal, mas apenas um sentido de comportamento reconhecível para o agente de acordo com os seus “arquivos mentais” e a sua consciência de si. Deste modo, a aceitação pela teoria penal com raízes em WELZEL de uma finalidade inconsciente¹⁸⁴ demonstra já que mesmo os comportamentos automáticos, em que não existe qualquer reflexão do agente, não deixam de ser intencionais, quando correspondem à adaptação a uma situação em que a atuação do agente é solicitada de acordo com a sua experiência anterior. Tocar piano, escrever à máquina, falar ou

¹⁸⁴ Cf. STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, ob. cit.*, p. 57 e ss., e ainda “Unbewusste Finalität?”, em *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag* am 25. März 1974, 1974, p. 278 e ss..

conduzir são comportamentos sem “espaço mental reflexivo”, mas elevadamente intencionais, em que a referida relação consigo mesmo pode existir intensamente.

A compreensão, nestes casos, do elemento intelectual do dolo não passa pela prova de uma previsão ou representação do agente, mas corresponde a uma constatação de que o agente viveu o seu comportamento como a conduta descrita no tipo legal de crime, de acordo com a sua experiência prévia e os quadros cognitivos atualizáveis de que dispõe. Haverá, assim, uma espécie de “dolo vivido”¹⁸⁵ como forma de preenchimento do elemento intelectual do dolo.

3. Embora se deva admitir que a representação exigível no dolo não consiste num momento reflexivo existencialmente vivido e até pode estar apenas implícita na ação, tem, ainda assim, pleno sentido caracterizar uma intensidade específica da previsão ou representação necessária para haver dolo.

Há, na verdade, situações em que é manifesto que a compreensão pelo agente do sentido da ação não é completa ou é insuficiente. A exigência da representação do facto, no mínimo como possível, significa, por isso, a exclusão do âmbito do dolo de casos de configuração apenas teórica ou abstrata da ação típica, em que o agente, pelo modo de vivenciar na sua conduta o comportamento típico, a experiencia como hipótese não razoável.

Assim acontecerá, por exemplo, no caso de uma pessoa ter o conhecimento geral de que fumar numa bomba de gasolina pode provocar uma explosão e fazê-lo “distraidamente”¹⁸⁶, motivado

¹⁸⁵ O *dolus in re ipsa* é a redução do dolo ao comportamento exterior observável, de modo que a verificação deste implicaria inevitavelmente o dolo. O dolo vivido de que se fala no texto é algo mais diferenciado. Não se trata assim de um retrocesso na direção da doutrina do *dolus in re ipsa*.

¹⁸⁶ Estes casos estão geralmente associados a uma exigência de conhecimento atual e concreto, mas indiciam o grau de intensidade da previsão e exprimem a natureza da possibilidade na representação.

apenas pelo vício e não convocando para a situação quadros mentais de causa e efeito. Mas esse caso é diferente do automatismo que leva a guinar o automóvel para a outra faixa por causa de uma abelha que entra no veículo, provocando um desastre. Enquanto no primeiro caso o conhecimento desatualizado não “impulsiona” a ação nem interfere nela, no segundo caso é o conhecimento implícito de proteção que explica, ou, por outras palavras, “impulsiona” a ação. Neste último caso, não tem verdadeira relevância a existência, o grau ou a intensidade do conhecimento inerente ao elemento intelectual do dolo, mas apenas a sua repercussão adaptativa na ação. O automatismo não exclui nesta situação a finalidade.

Não será, assim, decisivo o conhecimento reflexivo, o conhecimento intenso ou perfeito de uma situação, mas antes a relação de tal conhecimento com a ação – a relação determinativa daquele conhecimento de que o agente dispõe com a ação.

4. Chegámos, portanto, à reconfiguração funcional necessária do conteúdo do elemento intelectual do dolo. Se a doutrina tradicional exige consciência e previsão atual do facto como possível¹⁸⁷, como conceitos de fenómenos psíquicos vividos, esses elementos têm de ser enquadrados à luz de algo semelhante ao que SCHROTH¹⁸⁸ designa por um sistema variável de imputação do dolo (com diferente relevância de cada um dos elementos conforme as situações) a que se acrescentaria, agora, a ideia de uma variação da pertinência de cada um dos elementos de tal sistema de imputação funcional, de acordo com o significado do conhecimento na ação dolosa.

¹⁸⁷ Diria WELZEL, H., com clareza “Cada dolo tem um lado intelectual (...) o lado intelectual contém o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas do tipo legal. Não basta que o autor só conheça potencialmente, isto é que possa reter na sua consciência”. WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, ob. cit., p. 65.

¹⁸⁸ SCHROTH, U., ob. cit., p. 3 e ss..

Deste modo, aproximamo-nos, nas consequências, das teses normativistas¹⁸⁹, que rejeitam, todavia, qualquer psicologismo na definição de dolo e na correspondente problemática de prova. No entanto, curiosamente, trata-se de uma aproximação nas consequências e na relativização de um entendimento de aplicação do Direito Penal ao facto como pura correspondência e não por se ter seguido o caminho de um esvaziamento psicológico do objeto do dolo, ou de dispensa do elemento psicológico, como acontece com as análises normativistas.

Com efeito, na discussão contemporânea sobre o conteúdo e o papel do elemento intelectual do dolo tem sido dominante a orientação normativista, tanto de pendor funcionalista como de inclinação teleológica. Esta perspetiva esvazia, pura e simplesmente, o dolo dos elementos psicológicos quer no que concerne ao elemento volitivo quer no que se refere ao elemento intelectual.

A perspetiva normativista parte da ideia, sem dúvida razoável, de que os conteúdos psicológicos como objeto do dolo são inadequados para a proteção de bens jurídicos¹⁹⁰. A exigência rígida de consciência ou conhecimento do facto protegeria autores muito censuráveis pela indiferença que manifestaram pelas vítimas. Os elementos psicológicos, em si, não poderiam, por isso, caracterizar a diferenciação entre formas de imputação, distinguindo o dolo da negligência.

A objeção fundamental contra esta via é, porém, de idêntica natureza à que vale para o problema do dolo eventual. Os elementos psicológicos, como a consciência ou o conhecimento, revelam a possibilidade de motivação pela norma, devido ao confronto do

¹⁸⁹ Cf. sobre a perspetiva normativista do dolo, PUPPE, I., “Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis”, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991, 103, p. 14 e ss..

¹⁹⁰ É muito clara PUPPE quando afirma “a sociedade não se dirige ao autor no Direito Penal como um objeto mais ou menos desocupado de vivências psíquicas e impulsos”.

agente com o seu facto e é essa *possibilidade* a expressão necessária de liberdade que legitima a responsabilidade penal.

No entanto, este pensamento legitimador fundamental não impõe que tal confronto passe por um momento de consciência reflexiva, uma espécie de tempo e espaço psicológico vividos. Basta, provavelmente, que passe apenas por aquilo que poderemos designar conceptualmente como possibilidade de um controlo pela consciência e apropriação de si mesmo na ação que impeça o desenvolvimento da conduta típica.

5. Esta construção do elemento intelectual do dolo repercute-se, necessariamente, na análise da exclusão deste elemento realizada pela doutrina do erro. A exclusão do elemento intelectual determinará a impossibilidade de motivação pela norma em face do conhecimento adquirido pelo agente quanto aos factos realizados por si e consequentemente o afastamento do dolo.

O erro não será, no entanto, apenas afetação de um conhecimento reflexivo ou de uma compreensão intelectualizada do significado do facto para o Direito. O erro consistirá na afetação de um conhecimento do facto vivido como identificação, conhecimento vivido semelhante ao de um ator quanto ao papel que desempenha. A verificação do erro pretende apurar se o agente teve a perspectiva de que mata alguém e não caça ou de que altera um documento e não risca apenas um papel qualquer – ou seja a relação do papel vivido com a realização do facto típico.

A exclusão do elemento intelectual do dolo não depende, por um lado, da falta de conhecimento ou consciência reflexiva que atinja o significado perfeito dos factos e, por outro lado, também a afirmação do dolo não se basta com um conhecimento dos factos em qualquer conexão de sentido. Imaginemos, por exemplo, o agente que ouve uma pessoa a gritar ao longe, tendo todo o conhecimento empírico dos pressupostos de facto que justificam a responsabilidade por omissão de socorro. Se ele pensa tratar-se de uma brincadeira e não existem razões contextuais decisivas que impeçam a conclusão

de que não é um verdadeiro pedido de socorro, não tem, como afirma KINDHÄUSER, “o conhecimento das circunstâncias sob as quais se deve efetuar uma operação de salvamento”¹⁹¹.

Uma compreensão do elemento intelectual a partir da função de motivação pela norma que justifica a exigência de dolo permite evitar o excessivo alargamento da exclusão do dolo a situações em que o não conhecimento de alguns factos não impede ainda a apreensão do significado do comportamento. Todavia, tal compreensão permitirá excluir o dolo nas situações em que o conhecimento pleno dos factos, numa perspectiva empírica, não contém o conhecimento de um pressuposto de sentido ou de uma condição da qual depende a identificação do papel que o agente desempenha.

A ideia de que o conhecimento é uma certa vivência dos factos, uma certa compreensão do contexto da situação e um reconhecimento do papel desempenhado pelo próprio agente justifica uma nova perspectiva na distinção entre espécies de erros relevantes para efeitos de exclusão do dolo. Essa perspectiva não está sujeita às limitações de uma metodologia baseada apenas na definição do dolo como consciência, conhecimento, previsão ou representação dos elementos essenciais do facto típico.

6. Esta análise do elemento intelectual do dolo é a única interpretação possível dos artigos 14º e 16º, nº 1, do Código Penal? Estaremos a fazer interpretação criativa, na base de meras convicções doutrinárias?

É sabido que existe uma longa discussão acerca do dolo e que a doutrina contemporânea tem rejeitado as concepções psicologistas que acentuam o chamado elemento volitivo, tentando reduzir o dolo ao seu elemento intelectual. Acentuam o elemento intelectual,

¹⁹¹ Exemplo de KINDHÄUSER, U., em “Acerca de la distinción entre erro de hecho y erro de derecho”, em *El erro en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1999, p. 151.

porém, fora de uma concepção psicologista, como base de um critério normativista, nos termos do qual a responsabilidade a título de dolo será reconhecida sempre que, como diz PUPPE, “qualquer pessoa na situação e com o conhecimento do agente só agiria quando aceitasse o resultado que a norma exprime”¹⁹².

Esta discussão não é prejudicada pela formulação legal sobre o dolo nos artigos 14º e 16º, nº 1, do Código Penal, na medida em que os conceitos de representação e conhecimento são polissêmicos, podendo ser interpretados “à letra”, seguindo o uso mais comum da linguagem, ou com referência aos conhecimentos de várias ciências sobre o significado desses conceitos no comportamento voluntário. O que nunca pode ser ultrapassada é a função que a representação e o conhecimento têm como critérios de efetiva e atual motivação pela norma. A substância psicológica do comportamento do agente, reveladora do que ele deu de si mesmo ao ato, é o único critério que cumpre essa função.

Deste modo, uma interpretação meramente normativista, que não se vincule a uma função de concreta e efetiva motivação pela norma, é uma leitura interpretativa das normas legais dificilmente sustentável, porque conflita com o princípio da responsabilidade por culpa. Com efeito a mera possibilidade de representação do agente em comparação com a que teria um agente médio, a que a concepção normativista quer reduzir o elemento intelectual do dolo, não permite sequer afastar do âmbito do dolo as situações em que o agente, no caso concreto, estava em erro segundo uma avaliação comum, para além de absorver, no dolo, todas as situações de confiança na não produção do resultado, em que o agente “irracionalmente” e a partir de um conhecimento defeituoso pondera mal o desfecho da sua atuação.

¹⁹² Cf. “Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis”, *text. cit.*, p. 14.

M – O objeto do dolo e o conhecimento dos elementos do tipo. Os elementos descritivos e os elementos normativos

1. É necessário compreender também e delimitar à luz de uma perspectiva menos formalista e mais atenta a uma concepção de vontade como controle de si mesmo o tipo de conhecimento necessário à afirmação do dolo, a partir da estrutura dos elementos do facto típico. A doutrina distingue, tradicionalmente, os elementos descritivos dos elementos normativos do tipo, a fim de definir a natureza do conhecimento exigível para o dolo. Assim, existem certos elementos constitutivos do facto típico relativamente aos quais seria necessária uma percepção sensorial efetiva para afirmação do dolo – os elementos descritivos – a par de outros – os elementos normativos – em que bastaria uma representação do significado social, que se convencionou chamar “valoração paralela na esfera dos leigos”¹⁹³.

O erro excludente do dolo exigiria, quanto aos primeiros elementos, a falta de apreensão exata pelos sentidos, como sucede, por exemplo, com a não percepção de que o objeto da ação seria uma pessoa, confundindo-a com um animal. Quanto aos elementos normativos do tipo, a exclusão do dolo já exigiria apenas a falta de possibilidade de compreensão do significado, numa perspectiva social. Imagine-se, por exemplo, que o agente não poderia, no contexto em que atuou, compreender que um papel que riscou ou em que escreveu algo teria a função ou o valor de um documento, como sucederia se o agente mudasse os números de uma fatura improvisada de um restaurante, sem perceber que estava a adulterar um documento, num exemplo próximo do que é referido por KINDHÄUSER¹⁹⁴.

¹⁹³ Cf. MEZGER, E., *Lehrbuch für Strafrecht*, 1ª ed., 1931, p. 328.

¹⁹⁴ KINDHÄUSER, U., *text. cit.*, p. 156 e ss..

Esta distinção baseia-se, na verdade, na conceção geral de que a responsabilidade penal por culpa depende de uma oportunidade efetiva de ser confrontado com a compreensão de que se está a violar o Direito. No entanto, a referida compreensão pressupõe uma certa ética da responsabilidade de que WELZEL¹⁹⁵, na esteira de MAX WEBER, já falava.

Haverá uma compreensão do significado de ações e objetos que resulta da vivência em sociedade e que estaria ao alcance de todas as pessoas mesmo sem um conhecimento jurídico ou valorativo exato. Por isso, esse conhecimento bastaria para a responsabilidade, tornando irrelevante o argumento da ausência de conhecimento ou compreensão. Este é, pois, o enquadramento lógico em que, historicamente, a distinção entre elementos descritivos e normativos assentava.

Por diversas vias e razões, o referido quadro concetual não é considerado, hoje, totalmente satisfatório. Em síntese, as objeções colocadas são de vários tipos: objeções relativas à rigidez da distinção, nomeadamente por existirem elementos mistos ou por certos elementos normativos exigirem um conhecimento específico que não é acessível a toda e qualquer pessoa; objeções que, num sentido contrário, admitem que há, em certas áreas sociais, um dever específico de conhecimento de elementos normativos ou de proibições legais que tornaria o seu conhecimento quase um pressuposto; e objeções que atacam a própria conceção ética geral de que se parte para se basearem antes numa lógica funcional de cariz utilitarista ou, em contraposição, numa ética multicultural que impediria a fundamentação do nível de conhecimento do dolo na responsabilidade social uniforme de uma pessoa média integrada socialmente.

¹⁹⁵ Cf. WELZEL, H., "Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung", em *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1964, p. 240 e ss.

Para além destas objeções, existe uma rejeição mais direta da associação de uma função de perceção e de valoração de acordo com a natureza dos elementos, admitindo-se que mesmo elementos do tipo normativo podem suscitar um conhecimento factual e não exatamente uma valoração. Assim, no exemplo sugestivo de FRISCH, o não conhecimento da relevância tributária de um facto ou da sujeição a um imposto é um erro sobre o tipo ou sobre a ilicitude conforme "se projeta sobre as circunstâncias de referência de normas jurídico-penais ou sobre estas mesmas normas"¹⁹⁶.

A questão central para a matéria do erro não é, assim, saber se os elementos do tipo são descritivos ou normativos, o que é ainda uma lógica estrutural e estática como a que preside à distinção dos elementos do dolo, mas se a deficiência do conhecimento se refere à relação da norma com factos concretos ou à própria compreensão da intencionalidade da norma. Noutros termos, dir-se-á que os erros se diferenciam na base do grau de compreensão da norma no seu funcionamento correto. O desconhecimento de que a norma abrange um facto será um erro sobre o tipo, tal como o desconhecimento de um puro elemento descritivo, se não depender de uma incompreensão pelo agente da intencionalidade normativa, mas, por exemplo, de uma não compreensão do âmbito normativo em confronto com a interpretação de factos, como no caso de não se conseguir atribuir o significado de documento a um papel com certas palavras escritas.

A distinção tradicional entre elementos normativos e descritivos, não devendo ser desprezada pelo valor indiciador que pode fornecer relativamente à configuração do objeto do dolo, não pode, no entanto, valer como premissa numa lógica dedutiva, ou seja, como

¹⁹⁶ Cf. FRISCH, W., "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad", em *El error en el Derecho Penal*, 1.ª ed., 1999, p. 85. Segundo FRISCH, o melhor exemplo de erro sobre a ilicitude seria a situação da pessoa que tem consciência da relevância tributária do facto e da sua submissão ao dever de declaração mas acredita, por exceção, que está autorizado a não fazer a declaração devido à sua precária situação económica (p. 84).

fundamento de uma conclusão sobre as exigências do conteúdo do elemento intelectual do dolo e da natureza do erro. O que a distinção entre elementos descritivos e normativos revela é que factos e circunstâncias, bem como os conceitos que dão significado ao tipo legal podem “funcionar” de modo diferente, na relação do conhecimento, isto é, podem “funcionar” como referentes de verificação do facto típico ou construtores de significado e de intencionalidade normativa.

O exemplo mais elucidativo de que uma distinção entre elementos do tipo estática, estrutural, com implicações dedutivas sobre o objeto do dolo, resulta de o próprio conceito de pessoa, que a todos os títulos seria conhecido por mera percepção dos sentidos e por isso de natureza descritiva, exigir em certas circunstâncias uma compreensão da intencionalidade normativa. Assim acontecerá, na interpretação do momento a partir do qual se considera iniciada ou terminada a vida para efeitos de homicídio ou iniciada a vida intra-uterina no caso do aborto¹⁹⁷.

É necessário, por conseguinte, compreender, antes de concretizar, quais são os aspetos estáveis de uma qualquer distinção de elementos do tipo que permitem uma distinção útil da natureza do conhecimento exigível para a verificação do dolo. Nessa distinção, há que ter em conta a função dos diversos elementos para a construção da vontade, nomeadamente a sua relação com o grau de domínio ou controle das alternativas de ação pelo agente, que referimos na análise do elemento intelectual do dolo.

2. No que se refere a elementos formais do tipo que resultam de uma escolha do legislador em atenção à necessidade prática de traçar uma fronteira na proteção de um bem jurídico, como a idade das vítimas nos crimes sexuais, o conhecimento necessário

¹⁹⁷ Assim tem a doutrina penal entendido que o início da pessoa para efeitos de homicídio não é o nascimento completo e com vida do Código Civil, mas o início do trabalho de parto (cf. PALMA, F., *Direito Penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 37 e ss.).

para configurar o dolo não exigirá um conhecimento refletido e atual no momento da prática do facto – o agente ao coagir ou violar um menor de 14 anos não necessita de saber a idade exata constante do cartão de cidadão, mas apenas possuir o conhecimento “inevitável” associado à imagem física da pessoa que qualquer pessoa teria. Já, quando essa ligação da representação física da pessoa à idade não for evidente, terá de se exigir um conhecimento com alguma precisão, através de documentos ou de factos no contexto de relacionamento social, do elemento formal do tipo.

Não se trata, nestes casos, de confundir o conhecimento exigível para o dolo com um mero dever de conhecimento, mas de aceitar que há um conhecimento associado à imagem física da pessoa, um conhecimento de identificação, que é suficiente, por vezes, para que o agente tenha a necessária oportunidade de se motivar pela norma que configura um crime doloso – critério essencial de toda esta análise. Uma questão que se pode colocar, incisivamente, nestes casos diz respeito à valoração da dúvida do agente sobre a verificação do elemento do tipo. O agente, por exemplo, não tem elementos suficientes nem derivados do contexto social sobre a aparência física ou de outra natureza para saber a idade da vítima, mantendo a dúvida, mas relativizando-a e não deixando de agir por essa razão.

Trata-se, na verdade, ainda de uma representação como possível bastante para configurar o elemento intelectual do dolo, podendo apenas discutir-se se a posição volitiva foi de confiança na menoridade da vítima – o que afastaria o dolo eventual. Não deveremos, no entanto, confundir representação como possível da verificação de um elemento essencial do tipo, que inclui o conhecimento inevitável, com mera possibilidade de representação, sem que esta tenha vindo a verificar-se. Neste último caso, não se poderá pura e simplesmente configurar o elemento intelectual do dolo. Mas se o agente configurou essa possibilidade, com dúvidas, não se afastará o elemento intelectual do dolo.

Se o agente podia saber que o seu alvo numa situação de caça era uma pessoa, mas não o representou nem como uma possibilidade, configurando antes um animal, não se consubstanciou o elemento intelectual do dolo. Mas se configurou essa possibilidade, ainda que com dúvidas, não se afastará o elemento intelectual do dolo.

3. Quando o tipo legal de crime integra elementos legais ou mesmo proibições provenientes de outras leis de que depende a relevância dos factos praticados pelo agente, coloca-se de um modo específico o problema do conhecimento necessário ao dolo.

Se vender um produto, facto em si neutro, se torna relevante jurídico-penalmente como crime de especulação por força da proibição legal que resulta de uma tabela legal de preços, o conhecimento do agente acerca da mesma tabela é essencial para que, na decisão sobre o facto, o agente tenha condições ou oportunidade para se motivar pela norma.

Torna-se pertinente a questão de saber se esse conhecimento indispensável não se deve pressupor ou impor a certas categorias de agentes dada a sua inserção profissional ou o risco normal da atividade em que se integram, modificando a configuração tradicional do objeto do dolo e do conhecimento exigível, e alterando radicalmente os termos do problema de atribuição de responsabilidade por dolo.

Vejamos os termos exatos do problema sob análise.

Em primeiro lugar, numa perspectiva formal, é correta a afirmação de que a ausência de conhecimento sobre uma proibição legal de que depende o ilícito típico esvazia o elemento intelectual do dolo e até, num sentido mais profundo, não coloca o agente perante as devidas condições e oportunidades de motivação de acordo com o comando emanado da norma penal.

No entanto, esta afirmação que levaria a negar o dolo tem de ser contrabalançada com o facto de existir uma espécie de responsabilidade especial do agente pela auto-colocação numa posição de ignorância perante o facto, tal como acontece nas situações já referidas de indiferença perante o resultado típico.

Diferentemente dessas situações, porém, o agente não se encontra numa situação de vivência comportamental que suscitaria implicitamente a representação do facto típico a que ele seria indiferente mas numa ignorância provocada pela própria indiferença que não o impeliria a informar-se sobre eventuais proibições legais.

Por outro lado, no domínio da sua atividade profissional, a obtenção de informação sobre a proibição legal é condição do próprio reconhecimento e aceitação social da mesma atividade.

Há, assim, uma questão circular no que se refere às oportunidades de motivação pela norma penal: por um lado, as referidas oportunidades de motivação pela norma não existem porque o agente não adquire a informação bastante sobre a proibição legal; por outro lado, o agente não adquire informação por indiferença perante a norma, revelando, de certa forma antecipadamente, que não se motivaria por ela.

Esta última conclusão é, porém, apenas sustentável na medida em que seja evidente, no quadro das circunstâncias em que o agente agiu, que a conduta levada a cabo necessita de ser referida a normas jurídicas condicionadoras. Isso acontecerá sobretudo no que se refere a atividades licenciadas ou atividades profissionais.

Um agente que desconhece uma proibição legal estará, na perspectiva de uma responsabilidade pessoal, isto é, de uma responsabilidade por culpa, em circunstâncias semelhantes às do agente que representa efetivamente a realização de um facto típico, quando seja evidente que uma atividade regulada possa estar sob o alcance de uma proibição legal. O elemento intelectual do dolo na sua estrutura tradicional, entendido como uma representação possível da realização do tipo, é configurado nestes casos como representação da possibilidade de violação de uma proibição – o que equivaleria à representação como possível do facto típico.

Concretizando, tanto preencherá o elemento intelectual do dolo o agente que representa como possível, embora possa duvidar, que o seu alvo é uma pessoa e não uma peça de caça, não resolvendo a dúvida, como o agente que representa a necessidade de se informar sobre se a sua atividade viola a lei e não é apenas uma conduta

neutra, mas não o faz, não se colocando em condições de esclarecer o sentido legal da sua atividade.

Em ambos os casos, por vias diversas, há um contexto elevado de oportunidade de motivação pela norma, que permitirá chegar à afirmação do dolo se o elemento volitivo o confirmar, mas que é logo suficiente para afirmar o elemento intelectual comum ao dolo e à negligência consciente.

No entanto, neste tipo de análise deve prevalecer uma perspectiva não concetualista, que evite operar logicamente com deduções a partir da estrutura dos elementos do tipo ou que coloque o acento tónico numa representação de todos os elementos do tipo individualmente considerados e não na posição do agente perante a norma em função do contexto factual e motivacional.

Uma possível objeção a este entendimento seria o argumento de que através do *topos* da oportunidade de motivação pela norma – verdadeiramente uma questão de culpa – se estaria a equiparar o dolo e a negligência.

No entanto, entre o dolo e a negligência consciente há geralmente uma identidade de configuração do elemento intelectual¹⁹⁸, colocando-se, do ponto de vista do conhecimento, de modo idêntico a questão das possibilidades de motivação pela norma.

Já nos casos em que o dolo não é desde logo excluído por um certo nível de falta de consciência, ainda assim, na mera perspectiva do elemento intelectual, há uma diferença essencial quanto à negligência consciente, na medida em que o conhecimento implícito ou a indiferença num contexto de reconhecimento da necessidade do conhecimento, característica do dolo, é diferente de um desconhecimento derivado da pura inconsideração. Mas também aqui é o elemento volitivo que explica a diferença de intensidade de rejeição da motivação pela norma.

¹⁹⁸ É verdade, porém, que PUPPE defende que a intensidade da representação do resultado como um perigo concreto pode justificar a diferenciação entre o dolo e a negligência (cf. *text. cit.*, p. 14 e ss.).

N – Espécies de erro: o erro sobre a factualidade típica e o erro sobre a ilicitude

O estudo das diversas situações de erro que excluem o dolo é não só muito importante na prática, como se projeta na compreensão teórica do elemento intelectual do dolo baseada no conhecimento último do comportamento voluntário e do agir intencional. O Código Penal distingue dois grandes casos de erro: o erro sobre os elementos de facto e de direito que impede razoavelmente que o agente possa tomar consciência de ilicitude do facto e o erro que incide diretamente sobre a ilicitude (artigos 16º e 17º do Código Penal, respetivamente).

O erro que afeta o dolo está previsto no artigo 16º, nº 1, e ainda também no artigo 16º, nº 2, sendo, como se verá, discutível que a dimensão do dolo que está em causa nestes dois casos seja a mesma.

A distinção entre os dois casos fundamentais de erro tem como critério a natureza do erro. FIGUEIREDO DIAS distingue o erro do artigo 16º, nº 1, como erro de tipo intelectual do erro do artigo 17º, nº 1, como erro de tipo moral¹⁹⁹. Quer isto significar que haverá um erro em que é a própria perceção dos factos existentes que não é atingida e um outro em que apenas estará em causa a compreensão da sua valoração, documentando um desfasamento das valorações subjetivas do agente relativamente às do legislador.

A análise de URS KINDHÄUSER, já citada, inspirada na teoria da linguagem, revela que a qualificação dos erros pode ser compreendida como uma distinção entre erros sobre a *verdade* e erros sobre o *sentido* de uma asserção relativa a factos, de acordo com a semântica. No primeiro caso, o erro incide sobre a correspondência da representação aos factos verificados ou existentes, sendo sempre a asserção do agente em si mesmo correta no plano semântico;

¹⁹⁹ Cf. já *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, 1969, 2ª ed., 1978, p. 339 e ss., e, agora, *Direito Penal, Parte Geral, ob. cit.*, p. 578 e ss..

no segundo caso, existirá, antes, um erro sobre o correto uso da linguagem aplicada ao caso concreto, isto é, o agente descreve a realidade atribuindo-lhe um sentido incorreto de acordo com os normais usos linguísticos²⁰⁰. Trata-se, afinal, de um erro de linguagem.

Assim, Urs KINHÄUSER exemplifica com a situação em que o agente erra sobre se o conteúdo de um texto escrito é pornográfico. Nesse caso, o agente erra sobre o sentido de “pornográfico”. Diz o autor que “erra sobre o sentido do predicado (...), não conhece o seu conteúdo ou não o conhece com exatidão, porque não sabe que aos elementos deste pertencem também as propriedades que o texto em questão apresenta”.

Este erro é, obviamente, um erro sobre o sentido. No entanto, se o agente dispara, para se exercitar, sobre um espantalho, mas esse “espantalho” era, afinal, um camponês, o agente não erra sobre o sentido das expressões “ser humano” ou “espantalho”, mas sim sobre a circunstância de o seu alvo não apresentar as características de um espantalho, mas sim de um ser humano. Deste modo, torna-se claro que este último erro é um “erro sobre os pressupostos reais da predicação, ao mesmo tempo que se compreende (...) corretamente o seu conteúdo”²⁰¹.

Resulta da análise de KINHÄUSER sobre o erro a ideia de que a fronteira entre os erros não depende de uma qualidade do sujeito ou de uma motivação ou posição prévia perante os valores do Direito, mas do modo de ser do erro, na perspectiva de alternativas de comportamento do agente. É, de facto, a natureza do erro que suscita um impedimento ou uma falta de oportunidade de motivação pela norma ou, em alternativa, apenas revela a falta de correto processo de motivação, que, todavia, seria possível. Há, assim, uma lógica algo diversa da distinção entre erro intelectual e erro moral de FIGUEIREDO DIAS.

²⁰⁰ Cf. KINHÄUSER, U., *text. cit.*, p. 144 e ss..

²⁰¹ Cf. KINHÄUSER, U., *text. cit.*, p. 156 e ss..

A primeira espécie de erro suprime as condições de oportunidade, mesmo que derive de uma falta de compreensão do sentido da conduta, o que acontece, num curioso exemplo de KINHÄUSER, em que uma pessoa, por não atribuir o valor de documento aos sinais escritos numa base de copos de cerveja, que correspondem a um sinal para pagamento, os altera ou risca. A correspondência da qualificação da conduta à realidade depende, aqui, de um entendimento prévio das condições de sentido. Se esse entendimento existisse o agente teria condições para decidir se violaria ou não o Direito.

É claro que não poderemos, sem esse conhecimento do sentido do comportamento, concluir que o agente atuaria ou não atuaria de outro modo. Tal falta de oportunidade para decidir de acordo com o Direito resulta, neste caso, de um erro sobre as condições de compreensão do sentido que o agente não obteve, tal como afinal acontece no erro de percepção que leva a confundir um ser humano com um animal, numa situação de caça, ou, no exemplo anterior, um ser humano com um espantalho, num campo de milho.

Com esta perspectiva, que retira a sua inspiração da própria distinção de KINHÄUSER, mas corresponde a uma leitura livre do pensamento desse autor, baseada numa determinada formulação das relações entre responsabilidade penal e teoria da justiça, acentua-se a ideia determinante de que o aspeto fundamental da distinção entre o erro que exclui o dolo e o erro que apenas pode, em certas circunstâncias, excluir a censura de culpa não depende de aspetos constitutivos do sujeito, nomeadamente da sua fidelidade ao Direito em conjunto com as qualidades de uma pessoa média. Depende, tanto no plano da percepção como ao nível da compreensão de sentido – pense-se, por exemplo, na interpretação de um papel como documento²⁰² –, das condições efetivas, factuais,

²⁰² O erro do exemplo referido incide, na verdade, sobre elementos ou conceitos normativos do tipo, mas a qualificação do erro não é satisfeita por uma mera valorização paralela na esfera do leigo, que prescindiria de uma compreensão técnica do conceito

de oportunidade para decidir segundo uma livre escolha entre a conduta típica e a ação lícita²⁰³.

Com esta via, é afastado um quadro concetual que tem funcionado, segundo me parece, de modo excessivo, na solução de problemas de culpa – por vezes melhor, por vezes pior. Refiro-me ao critério do homem médio, fiel ao Direito, como uma espécie “homem-massa”²⁰⁴, representante de um modelo de pessoa que, por vezes, apenas é expressão de preconceitos culturais.

O – Espécies de erro sobre a factualidade típica. O erro relevante e o erro irrelevante para a exclusão do dolo

1. O objeto do erro sobre a factualidade típica é constituído por todos os elementos ou circunstâncias em que pode ser dissecada descritivamente a conduta típica? Qualquer erro sobre um certo aspeto, uma certa circunstância da factualidade típica, enunciado na lei ou inerente à conduta concreta excluirá o dolo? A resposta é obviamente negativa. Só excluirá o dolo o erro que incide efetivamente sobre os aspetos da conduta que constituam o objeto do dolo ou seja, em síntese, os aspetos que a vontade do agente pode dominar e que sejam constitutivos do comportamento proibido.

normativo, neste caso de cariz jurídico. Com efeito, há situações em que os conceitos normativos não suscitam uma natural valoração paralela na esfera do leigo, pois dependem de um conhecimento específico, quase técnico. Não será o caso do erro que incide sobre o conteúdo em situações de pornografia infantil. A compreensão do significado depende, nesse caso, de conceitos e critérios culturais adquiridos na interação social, relativamente aos quais tem pleno sentido a referência à compreensão de sentido de uma “pessoa média”.

²⁰³ Cf. sobre esta perspetiva da oportunidade de escolha como critério de responsabilidade por culpa, PALMA, F., *O Princípio da Desculpa*, 2005, p. 195. Com efeito, esta recondução a um critério de oportunidade não resulta das análises teóricas citadas, inspirando-se na via de abordagem da culpa da tradição anglo-saxónica que considerei, desenvolvendo, no livro agora citado.

²⁰⁴ Cf. ORTEGA Y GASSET, *A Rebelião das Massas*, tradução portuguesa, s.d. de *La rebelión de las masas*, 1937.

Mas esta afirmação genérica necessita de uma análise detalhada.

Tradicionalmente, coloca-se esta questão sobretudo a propósito do erro sobre o processo causal, sobre a pessoa ou sobre o objeto e sobre a execução – a chamada *aberratio ictus*.

No caso do erro sobre o processo causal, a doutrina mais divulgada tem estabelecido o critério de que apenas um desvio essencial entre o processo causal concreto efetuado e o representado excluiria o dolo nos tipos criminais designados como de forma livre, em que não há um concreto processo causal vinculado. Estes correspondem ao modelo do homicídio ou das ofensas corporais e são o ponto de referência tradicional no estudo dos crimes de resultado a que é obviamente inerente um processo causal concreto que realize a produção típica do resultado.

Coloca-se a questão de saber se o processo causal representado ou mesmo concebido pelo agente para a produção do resultado típico é essencial para o dolo²⁰⁵ e se um qualquer desvio, seja ou não previsível, poderá excluir o dolo, quando o tipo criminal não descreva especificamente um processo causal.

Se uma pessoa concebe matar outra com um disparo e a vítima, ferida, vem a morrer num desastre a caminho do hospital, devido ao acidente, ou durante um incêndio no hospital para que foi encaminhada, ou ainda por falta de sangue para uma transfusão, o processo causal desencadeado pelo comportamento do agente

²⁰⁵ Segundo PUPPE, I., em “Dolo, curso causal, imputação”, texto inserido em *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, 2010, vol. II, p. 822 e ss. (trad. Luís Greco), o que determinaria a essencialidade do erro é a não suficiência dos factos representados pelo autor para fundamentar um perigo doloso, a partir de uma distinção de gravidade entre o perigo que fundamenta o dolo e o que fundamenta a negligência. Como argumenta a autora, o desvio não será essencial se, apesar da não coincidência entre a representação do agente e a realidade ainda assim o perigo representado pelo agente for de uma intensidade tal que, segundo o Direito, haja uma coincidência suficiente com a realidade. Assim diz PUPPE “Não é a “vida”, e sim a lei quem tem de decidir de que maneira a representação do autor tem de coincidir com a realidade, para que a realidade possa ser tida como algo dolosamente configurado pelo autor e, portanto, imputável ao seu dolo”.

conduziu à morte, mas por uma forma diferente e anômala em relação à projetada.

É irrelevante esta alteração do processo causal para a responsabilidade do agente a título de dolo?

O ponto central desta questão é saber se o agente pode ser responsabilizado por uma alteração do modo concreto de produção do resultado que não esteve plenamente sob o seu controle inicial nem corresponde à sua decisão, em face da descrição legal da ação típica.

A resposta tradicional, que assenta na verificação de um desvio essencial do processo causal, pressupõe estas ideias, pois um desvio essencial, completamente imprevisível, não é controlável pelo agente. De algum modo, o resultado deixa de ser relativo a uma ação do agente e, por isso, o dolo deverá ser excluído.

No entanto, não só é preciso saber com que critério prático se define a essencialidade do desvio como também será preciso saber o que é que se entende por “suficientemente controlado”²⁰⁶ pelo agente em processos causais que se desenvolvem autonomamente, após a sua introdução pela ação do agente.

Antes de mais, esta questão não é apenas uma questão de imputação subjetiva, mas tem subjacente, como é hoje reconhecido pela doutrina²⁰⁷, um problema prévio de imputação objetiva.

Com efeito, nos exemplos atrás referidos, houve um processo causal acidental que se intrometeu no processo causal que o agente desencadeou, frustrando a respetiva conclusão.

Se tal processo for imprevisível para qualquer pessoa, não haverá sequer, como é manifesto nos casos do acidente ou do incêndio, imputação objetiva relativamente ao resultado à luz da teoria da causalidade adequada. Mas também, segundo a teoria do risco, na formulação menos normativista e mais consentânea

²⁰⁶ E não meramente controlável como sucederia na negligência.

²⁰⁷ Cf. Muito concisamente, STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, ob. cit., pp. 98-99.

com a conceção do ilícito penal como combinação do desvalor de ação e desvalor do resultado, seria negada a imputação objetiva.

A intromissão do processo causal imprevisível não justificaria a conclusão de que a criação do risco proibido ou o aumento do risco se concretizaria no resultado. Deste modo, o agente nestes casos de processos causais acidentais e imprevisíveis apenas deveria ser responsabilizado por tentativa, sem que restasse sequer imputação a título de negligência quanto ao resultado produzido dada a inexistência da imputação objetiva.

Assim, o desvio essencial entre o processo causal concreto e o representado resulta nestes casos de uma diferença entre o processo causal concreto e as ações que podem ser consideradas como típicas, de acordo com a razão de ser da norma.

2. Nem todos os casos de erro sobre o processo causal se resolvem, no entanto, como os anteriores. Há casos em que o processo causal concreto não dominado pelo agente não só poderia ser facilmente previsto como ainda se desenham como um desenvolvimento ou sequência do processo posto em movimento pelo agente. No caso em que o agente atira a vítima de uma ponte, prevendo que ela morra na queda ao rio, mas a vítima morre por bater com a cabeça no pilar da ponte, é irrelevante a alteração do processo causal. Apesar de esta alteração do processo causal concreto não ter sido prevista, torna-se claro que ainda se trata de uma consequência imediata e normal da ação do agente²⁰⁸ e

²⁰⁸ STRATENWERTH afirma que a responsabilidade por riscos que seriam indiferentes para o agente ou até desejados não pode depender de que os tenha conscientemente representado (dass er sie sich bewusst vor Augen geführt hat), ob. cit., p. 99. E PUPPE diz: “O autor actua dolosamente quando a sua representação do perigo por ele causado de ocorrência do resultado se refere a algo de tamanha magnitude e evidência, que uma pessoa razoável posta na situação do autor não poderia causar um tal perigo, sem assumir que o resultado ocorresse, aceitá-lo, tomar a sério o perigo dessa ocorrência...”. Cf. *text. cit.*, p. 825. Note-se que, como refere PUPPE, é muito importante atingir o sentido da essencialidade do desvio a partir do entendimento acerca do que está ainda incluído no âmbito do tipo de ilícito.

de um processo causal que cabe no espaço ou área de risco intenso derivado da conduta do agente e incluído na sua decisão, que o tipo pretende abarcar. Assim, há um manifesto paralelismo entre os casos em que se põe em funcionamento um mecanismo de que pode resultar a produção dos comportamentos pretendidos a partir do seu normal funcionamento e os casos da produção do mesmo resultado pelo mecanismo funcionando com distúrbios considerados normais, mediantemente previsíveis.

Note-se que não se trata de fazer da previsibilidade bitola ou critério do dolo, mas sim de reconhecer que há um conhecimento implícito ou se quisermos irrefutável, salvo contra-prova de circunstâncias excepcionais, quando se desencadeiam comportamentos de risco elevadamente intenso e em que a capacidade de controle integral do processo causal é muito diminuta. Nesse sentido, as variações da concretização do risco estão incluídas na decisão de realizar a conduta típica e no próprio âmbito dos processos causais típicos.

Mas não se pode deixar de sublinhar que este último caso nos leva intuitivamente a formular o critério referido, diversamente dos anteriores, por nele existir uma conexão direta ou sequência imediata com a ação inicial que não existe nos primeiros casos²⁰⁹.

²⁰⁹ PUPPE fala a propósito do erro sobre o processo causal de uma distinção entre um perigo doloso, como “perigo inerente à ação e ao processo causal desencadeado e um perigo meramente negligente, em que os factos a respeito dos quais coincidem representação e realidade só fundamentam um perigo negligente” (*text. cit.*, p. 825). Assim, por exemplo, no caso tratado pela jurisprudência alemã, relatado por PUPPE, em que os agentes planejaram provocar uma explosão, na cave, para expulsar o inquilino, a qual deveria fazer tremer as paredes e um dos executores abriu o encanamento sem conhecimento do outro e acabou por provocar uma explosão muito mais intensa que conduziu a uma derrocada que matou os moradores, existe uma alteração qualitativa da intensidade do perigo do resultado que, inicialmente tinha sido representado pelo segundo agente. O resultado para este agente é algo não improvável, mas não intensamente possível com a gravidade com que ocorreu. Pese embora, neste caso, uma ligeira alteração do processo executivo concreto, é significativa a demonstração de que na alteração qualitativa do perigo entre o processo causal representado e o concreto reside o fundamento para a distinção entre manutenção do dolo apesar do erro ou a qualificação da conduta errônea como negligente.

Poder-se-á pensar ainda em casos de erro sobre o processo causal concreto em situações em que se torna pertinente perguntar se ao agente deve ser atribuída a responsabilidade a título de dolo mesmo perante um processo causal accidental diverso do que ele representou, não tanto por estar integrado típica ou normalmente no espectro do risco gerado pela sua conduta, mas, na medida em que, embora accidental, só surge, dada a sua raridade, por força da conduta desencadeada.

Tal situação ocorrerá, por exemplo, no caso de o contágio com um certo vírus projetado pelo agente para provocar a doença associada ao mesmo vir a desencadear uma outra doença rara e que não seria desencadeada normalmente, na vida quotidiana, por um outro processo.

A questão é diversa dos casos do acidente na ambulância a caminho do hospital ou do incêndio, mas mais semelhante ao caso da ponte, porque o processo causal que gerou a doença é quase único ou exclusivo e não algo que sempre poderia acontecer por causas quotidianas. Trata-se, afinal, de uma espécie de caso “caixa de pandora” em que a ação do agente, e só ela, desencadeia consequências graves para a vítima que de outro modo se não se desencadeariam, produzindo um resultado semelhante ao pretendido pelo agente, mas por outra via.

Tanto neste caso como no caso da ponte, é decisiva a conjugação de uma grande indiferença pelos riscos produzidos com a conexão intrínseca, típica ou exclusiva entre o risco desencadeado e o efetivado. No caso do acidente da ambulância, diferentemente, embora exista o primeiro fator já não existirá o segundo, podendo constatar-se uma intromissão autónoma de um processo causal ou de um risco anómalo.

Esta análise está em parte associada também aos casos de transmissão ou contágio com o vírus da sida, em que, embora haja uma impossibilidade de prever o processo causal concreto que levará à morte da vítima e o momento em que esta ocorrerá, não deixa de existir uma total indiferença e irrelevância para o agente quanto ao modo concreto e às circunstâncias concretas

em que o resultado se verificará, mas há simultaneamente uma conexão singular ou exclusiva do contágio com o resultado. Se é verdade que, hoje, a ocorrência do resultado morte em função do contágio não é à partida senão uma possibilidade média, também é verdade que, não estando afetada a imputação objetiva, se o resultado ocorrer não há razões substanciais para que a imputação do dolo se não afirme²¹⁰. A imputação objetiva não é suficientemente duvidosa ou frágil para não poder sustentar o dolo. Com efeito, conjugam-se nestes casos, no plano da imputação objetiva, a necessária conexão de risco objetiva e, no plano da imputação subjetiva, a indiferença pelo modo concreto como se desenvolve o resultado pretendido.

O facto de um resultado se distanciar temporalmente da ação não pode impedir a imputação objetiva se outros processos anormais, independentes do processo posto em movimento pelo agente, não se intrometerem de modo autónomo²¹¹.

²¹⁰ Não concordo, assim, com a análise de DIAS, A. SILVA, em “Responsabilidade criminal por transmissão do vírus da sida: um olhar sobre o Código Penal de Cabo Verde”, em *Direito e Cidadania*, A. 6, n.º 20/21, 2004, pp. 9-37, que nega sempre a verificação do tipo de homicídio nestes casos. É certo, porém, que a maioria da doutrina considera com fundamentações diversas, como assinala DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, ob. cit., pp. 356-357, que não haverá dolo na maioria dos casos.

²¹¹ Diferentemente se passam as coisas nos casos relatados por PUPPE, anteriormente citados, nos quais existe uma variação do processo causal, como no caso da explosão ou ainda no caso decidido pela jurisprudência alemã em que o agente derruba um banco de três metros de altura, no qual estava sentado o tio. Nesse caso o agente pensou que a vítima morreria por fraturar o pescoço, a coluna ou o crânio, mas o tio apenas fraturou um tornozelo, vindo a morrer de embolia, algum tempo depois, porque os médicos se esqueceram de prescrever anticoagulantes para prevenir a embolia. Aí, é indubitável que haja apenas uma tentativa de homicídio e apenas se poderia imputar o homicídio negligente se ainda se admitisse que terá havido concretização do risco da conduta no resultado – o que seria discutível (PUPPE entende, porém, que existe homicídio negligente, cf. *text. cit.*, p. 826).

3. Caso especial de erro que incide sobre o processo causal é a figura chamada pela doutrina de *dolus generalis*²¹².

Trata-se de situações em que o agente executa, sem o saber, o facto típico por um modo diverso do modo projetado ou representado e em que o resultado se verifica em circunstâncias concretas de tempo, lugar ou modo diversas das representadas. Assim, por exemplo, o agente pretende matar a vítima por enforcamento e esconder o cadáver atirando-o a um poço, no entanto não causa a morte da vítima logo que a enforca, mas somente quando a atira ao poço. Inversamente, também pode ocorrer que o agente planeie matar a vítima por afogamento no rio, mas a mate logo que desfere pancadas na cabeça para a deixar inconsciente e não apenas quando a atira ao rio.

Nos dois casos, o agente realiza o facto típico sem consciência. No primeiro, por erro, pensa que o realiza quando apenas tenta, não consumando logo o crime nesse momento, e, no segundo, realiza-o, quando, na sua representação, apenas o prepara.

A realização do facto, objetivamente, sem uma direção concreta da ação pela vontade não corresponde, de acordo com a definição de dolo do artigo 14º do Código Penal, a um comportamento doloso. Ao produzir o resultado, inconscientemente, apenas poderia conceber-se uma ação negligente, já que o agente sempre poderia prever que a morte da vítima ocorresse daquele modo ou pelo menos não poderia desconhecer que, se a vítima não tivesse morrido antes, acabaria inevitavelmente por morrer daquela forma.

A questão que se coloca é então a de saber se o comportamento deve ser qualificado como tentativa de homicídio (doloso) e homicídio negligente pelo crime consumado ou se, seguindo a lógica de que o dolo apenas tem como objeto o resultado e é um dolo geral relativamente às circunstâncias concretas em que o resultado ocorre, o comportamento do agente deve ser considerado simplificada e como um único homicídio doloso.

²¹² Cf. sobre a figura, sobretudo, STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., p. 99 e ss..

O tratamento dado por WELZEL²¹³ a estas situações, a partir da análise de casos jurisprudenciais alemães, parece ser o mais adequado, como se verá.

O problema que este tipo de casos propõe é semelhante ao que é suscitado pelo erro sobre o processo causal. Também aqui o agente representa o desfecho do seu comportamento – o resultado típico – como sendo realizado por uma ação e por um processo causal diverso do que foi realizado. No entanto, é ele próprio que conduz “pelas suas próprias mãos” o processo causal acidental sem o saber e sem poder sequer controlá-lo.

A diferenciação de uma ação dolosa tentada e de uma ação negligente, que na prática corresponde à exclusão do dolo da ação que realiza concretamente o resultado, terá justificação?

WELZEL entendia que, nos casos em que o agente projetara uma espécie de “homicídio encoberto”, teria justificação atribuir-se-lhe o dolo como se fosse adequado caracterizá-lo como uma espécie de dolo geral. Mas, nos outros casos, em que a decisão de realizar a ação de encobrimento que redundou na morte da vítima não foi projetada como uma sequência, mas resultou de uma decisão momentânea, posterior à ação, que o agente concebeu como de consumação da sua decisão criminosa anterior, já a diferenciação entre uma ação dolosa tentada e uma ação negligente consumada qualificaria mais corretamente o comportamento do agente. A segunda ação que consuma o crime não é, na verdade, representada pelo agente como tal, verificando-se quanto a ela um erro de percepção sobre o objeto da ação – o agente pensa estar a atirar ao poço um cadáver – que exclui o dolo.

No caso do “homicídio encoberto” de que dá conta WELZEL, diferentemente, há uma unidade na sequência das duas ações que justifica observá-las apenas como a realização de um único facto

²¹³ Cf. WELZEL, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª ed., 1969, e *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 12ª ed. (3ª ed. cast.), trad. de Bustos Ramírez e Yáñez Pérez da 12ª ed. de *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1987, p. 108 e ss..

típico com um desvio não essencial sobre o processo causal. E, à luz do que anteriormente foi dito para o erro sobre o processo causal, há uma “conexão de exclusividade” entre a conduta representada e o concreto processo causal.

O reconhecimento da unidade de ação ou da pluralidade de ações, a partir do critério da unidade ou pluralidade de decisões de ação, seria assim um critério que permitiria distinguir a situação de erro não essencial, não excludente do dolo, do concurso entre uma tentativa de crime (obviamente dolosa)^{214/150} e um crime negligente.

Também na perspectiva simbolicamente designada por caixa de pandora, em que se dá relevo a uma associação intrínseca e exclusiva de perigos, é evidente a inclusão da situação de homicídio encoberto nos comportamentos dolosos. Porém, no caso de não ter sido projetado anteriormente o encobrimento do homicídio subsistirá a dúvida sobre se se poderia afirmar que o agente não poderia deixar de representar a morte da vítima através do seu comportamento. A resposta depende, obviamente, de o agente saber ou não poder deixar saber que a vítima ainda estava viva.

4. Uma outra figura de erro que pode afetar o dolo é a chamada *aberratio ictus*²¹⁵, que consiste num erro de execução que altera o próprio resultado da ação relativamente ao previsto. As situações assim designadas correspondem, por exemplo, aos casos em que o agente dispara sobre a vítima, mas devido a uma circunstância que não domina, como uma rajada de vento ou até um comportamento

²¹⁴ Cf. WELZEL, H., *ob. cit.*, pp. 108-109.

²¹⁵ Cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 101 e ss., citando a discussão mais recente sobre a distinção entre este erro e o erro sobre a pessoa ou objeto. Entre os textos mais interessantes no pensamento germânico, veja-se PUPPE, “Zur Revision der Lehre vom ‘konkreten’ Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus”, em *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1981, p. 4 e ss..

de outrem (um empurrão, por exemplo)²¹⁶ vem a atingir uma outra pessoa ou um objeto que não pretendia atingir, por falta de motivo para tal ou até por nem sequer ter havido percepção do objeto da ação.

Há, na *aberratio ictus*, um desvio que não incide sobre o processo causal representado tal como acontece no erro sobre o processo causal. Diferentemente do erro sobre o processo causal, em que se obtém um resultado típico essencialmente idêntico ao projetado, na *aberratio ictus*, verifica-se uma alteração da própria produção causal do resultado pretendido como um todo. Não só o desenvolvimento causal da ação iniciada é alterado, mas também o resultado atingido. Deste modo, o agente mata uma pessoa diferente por um modo diverso do que concebera para matar a vítima alvo da sua ação ou atinge mesmo um outro objeto típico – danifica uma montra ou um automóvel em vez de atingir a vítima que pretendia atingir ou vice-versa.

A questão suscitada é a de saber se o artigo 16º, nº 1, prevê, ainda, estes casos e se, consequentemente, o dolo deve ser excluído.

A resposta a essa questão depende obviamente das possibilidades de interpretação do artigo 16º, nº 1. Mas estas pressupõem a comparação da *aberratio ictus* com outros erros, sobretudo com o chamado *error in persona vel objecto*, em que tradicionalmente não se admite a exclusão do dolo.

Nesta outra figura de erro, o agente por um exclusivo erro de percepção, atinge pessoa ou objeto diverso daquele para o qual tinha dirigido a sua ação. O agente mata *A* que confunde com *B* ou pensa que está a matar *A* e, na verdade, mata *B*, que ocupa a posição de *A*, num certo lugar.

²¹⁶ Em vários Acórdãos, o erro na execução consiste exatamente num comportamento defensivo de outrem. Assim, por exemplo, Acórdão do STJ de 31-mai.-1995, Proc. 047739 ou Acórdão da RPT de 20-out.-2004, Proc. 0443297.

Trata-se, com efeito, de um erro semelhante, na sua estrutura, aos erros de percepção que conduzem à exclusão do dolo a que o artigo 16º, nº 1, do Código Penal se refere. Mas a semelhança pode ser apenas estrutural, nos casos de objeto típico idêntico, não se verificando tal semelhança, numa perspetiva funcional, quanto à identificação da realização do facto típico.

Com efeito, o erro sobre a pessoa ou sobre o objeto tipicamente idênticos não impede o agente de realizar exatamente a ação típica projetada relativamente ao objeto típico visado. Não há nenhuma perturbação causal ou do resultado, mas apenas um erro nos motivos. Deste modo, o erro sobre a pessoa ou sobre o objeto é irrelevante quando atinge um objeto concreto tipicamente idêntico ao visado, como, por exemplo, o homicídio de *B* em vez de *A*. Em todo o caso, foi atingido o objeto típico do crime de homicídio – uma pessoa.

Se o erro de percepção conduz a um resultado que atinge objeto típico distinto – no caso do tipo de homicídio, uma pessoa em vez de uma coisa, por exemplo – deparamo-nos com a situação normal de erro sobre um elemento essencial da factualidade típica excludente do dolo quanto ao tipo a que corresponde à realização do resultado atingido.

A *aberratio ictus*, cujo tratamento suscitou a comparação com o erro sobre a pessoa ou sobre o objeto, merecerá também uma solução desta natureza, mantendo-se o dolo, quando o objeto típico é idêntico e excluindo-o, apenas, quando é diverso?

Durante muito tempo, a doutrina dominante, tanto portuguesa como estrangeira²¹⁷, entendeu que a *aberratio ictus* sobre objetos típicos idênticos não justificava tratamento diferente do erro de percepção, por se tratar da realização em abstrato do mesmo tipo de crime, embora sobre pessoa ou objeto diverso do percecionado.

²¹⁷ Cf. sobre a doutrina portuguesa, CORREIA, E., *ob. cit.*, vol. I, pp. 400-408.

Partindo, também, na *aberratio ictus*, da ideia de que para a lei penal, na sua função de proteção de bens jurídicos, é indiferente que o objeto concreto atingido seja x ou y, manter-se-á o dolo quanto ao facto efetivamente realizado? Na *aberratio ictus*, mesmo incidindo sobre objeto típico idêntico, há, no entanto, uma natureza causal do erro que torna a parte concretizadora do comportamento do agente como menos controlável ou até não controlável e dirigível pela vontade. Como sustenta WELZEL, de acordo com a sua teoria da ação final, na *aberratio ictus*, existiriam duas ações, correspondentes efetivamente a dois fenómenos de manifestação de vontade, autônomos, concretamente duas decisões distintas e duas distintas ações.

Essa estrutura da ação justificará, no entanto, valorativamente a exclusão do dolo relativamente ao facto consumado? Do ponto de vista dos fins do sistema de responsabilidade penal será diferente matar, por engano, uma pessoa pensando que é outra e matar uma pessoa em vez de outra, porque se errou na execução – alguém bateu no braço do agente ou o vento mudou a direção da bala?

A resposta mais concisa e adequada ao problema é afirmativa.

Tem sentido excluir o dolo e qualificar o comportamento do agente como tentativa de homicídio de A e homicídio negligente de B (uma tentativa quanto ao crime doloso e um crime negligente quanto ao crime consumado), por duas razões conjugadas:

A primeira razão é de ordem descritiva e factual e, por isso, derivada do direito penal do facto que emerge do princípio da legalidade. O agente realiza efetivamente uma ação controlada pela vontade e falhada e uma outra não controlada totalmente e consumada. Não é indiferente substituir esta descrição pela descrição de uma única ação em função da convergência do facto realizado com o facto típico em abstrato projetado. Na verdade, se suprimíssemos, logicamente, a relevância da primeira ação (a ação tentada) da descrição dos factos e apenas subsistisse a segunda ação, não teria qualquer cabimento qualificá-la como dolosa. Por exemplo, se o agente, numa situação de *aberratio ictus*, estivesse

em legítima defesa relativamente à primeira vítima, que era na verdade um agressor, e, por erro de pontaria, atingisse uma outra pessoa, torna-se evidente que não teria sentido transpor o dolo do facto justificado para o facto consumado não justificado²¹⁸, pois a vítima não era um agressor.

A segunda razão é de ordem normativa e teleológica. O merecimento penal do agente em *aberratio ictus* sobre objeto típico idêntico, pode, como se verifica no caso referido, ser muito diferente do merecimento do agente em erro sobre a pessoa ou sobre o objeto.

Esta análise torna mais compreensível os problemas interpretativos que o artigo 16º, nº 1, do Código Penal coloca. Embora, não haja possibilidade de encontrar critérios legais explícitos e literais diferenciadores do erro excludente do dolo, nestes casos, a perspectiva para que a norma aponta permite, em síntese, estabelecer um critério funcional.

A exclusão do dolo depende de o erro retirar ao agente a oportunidade factual de confronto e motivação com a norma incriminadora. Ora é precisamente essa ideia que impõe um critério de base factual e descritivo na *aberratio ictus*, apoiado na verificação da pluralidade de ações e na autonomia da decisão de agir inicial relativamente à ação concretizada.

A questão da oportunidade de decisão conforme ao Direito que permite analisar a natureza do erro, a propósito da distinção entre o erro sobre a factualidade típica e o erro sobre a ilicitude – enquanto problema relativo à possibilidade de se concluir com segurança se o agente agiria caso não existisse o erro – merece relativamente ao crime consumado através do desvio na execução uma resposta negativa, se apenas confrontarmos o agente com o resultado diverso.

²¹⁸ E o mesmo se diga, aliás, relativamente à justificação. Torna-se essencial nestes casos a diferenciação entre a ação justificada e a ação negligente.

Não podemos saber a partir da estrutura da ação se o agente evitaria agir, naquelas circunstâncias, isto é a ação não nos pode informar nada sobre outras alternativas de ação. É certo, porém, que a mesma resposta poderá ser dada em casos de erro intenso sobre os motivos, em certas situações de erro sobre a pessoa, como, por exemplo, se *A* quer matar *B*, sua mulher, que odiava, mas por erro de percepção, no escuro, mata a filha que adorava. É óbvio que o erro sobre os motivos impede o agente de se motivar de acordo com o Direito relativamente à verdadeira vítima. No entanto, neste último caso, podemos mesmo assim reconhecer que, colocado o problema no plano de uma ação de matar dirigida a uma pessoa determinada, que é representada como vítima pessoal (e não um animal ou um objeto) no momento da ação, a única questão é se o agente teve condições de se motivar de acordo com a norma que proíbe o homicídio relativamente à sua ação nas circunstâncias concretas, sendo a resposta claramente afirmativa.

No caso da *aberratio ictus*, não será adequada a formulação genérica da questão, porque está impedida previamente pela autonomia de cada uma das ações realizadas pelo agente, isto é pela falta de unidade de ação. A segunda ação não é totalmente controlada pelo agente no momento da decisão e, por isso, não se podem aferir as possibilidades de motivação pela norma do homicídio doloso.

Diferenciada a questão quanto a cada uma das ações, retira-se a conclusão de que está diminuída a oportunidade de motivação em termos de verdadeira decisão de agir relativamente à norma que prevê o crime doloso, na segunda conduta, a não ser que o próprio erro na execução esteja contido numa decisão dolosa ampla que inclua, a título de dolo eventual, as vicissitudes da execução relativamente a outras vítimas. Por exemplo, o agente dispara na direção de *A*, mas prevê e aceita que pode atingir *B*, por falta de pontaria, o que acaba por acontecer.

O ponto de vista da análise, nestes casos, é, em conclusão, a verificação da unidade ou pluralidade de ações a partir da interpretação da decisão criminosa, como critério prioritário, e

simultaneamente, o critério de oportunidade de motivação referido a cada ação concreta realizada pelo agente.

5. A figura da *aberratio ictus* pode surgir em certas configurações complexas. Poderão destacar-se algumas situações: situações em que é especialmente difícil a distinção entre a *aberratio* e o *error in persona vel objecto* e as situações de *aberratio ictus* com dolo alternativo.

a) Em certos casos, torna-se efetivamente difícil saber se o erro é de execução ou de percepção, quando o agente não executa diretamente o facto, mas o faz através de uma outra pessoa, e em que, por isso, há da parte do agente uma certa falta de domínio da execução. *A* envia uma carta bomba para matar *B*, mas o correio engana-se no andar e entrega-a a *C*, que nem sequer é conhecido de *A*, matando-o.

Pergunta-se, então, nestes casos se estaremos perante um erro de execução ou perante um erro sobre a pessoa por parte do autor mediato²¹⁹⁻²²⁰, isto é da pessoa que utiliza uma outra como instrumento inocente. Deverá o agente ser punido por homicídio doloso consumado ou em concurso por tentativa de homicídio e homicídio negligente? Prevalece o desvio de execução ou o erro sobre a pessoa do autor material?

Neste caso haveria argumentos a favor do erro de execução, porque o autor material se manifesta como uma arma desviada ou um maquinismo avariado que falha o alvo. Mas também há argumentos contra, já que o agente cria um risco muito intenso de erro do autor material que deveria evitar e que torna previsível o resultado, e é discutível que se divisem duas ações. Será mais

²¹⁹ O problema foi muito discutido, na verdade, na doutrina a propósito do caso tratado em 1858, Rose-Rosahl. Cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 102.

²²⁰ A figura do autor mediato está prevista no artigo 26º do Código Penal, que se refere à execução do facto "por intermédio de outrem".

correto dizer que há uma única ação em que os motivos do autor mediato não se conseguem concretizar. Por outro lado, seria sempre complicado qualificar como tentativa de homicídio contra a vítima-alvo a mera expedição da carta no correio sem qualquer contacto com a vítima.

A solução que qualifica como erro sobre a pessoa e pune pelo crime doloso consumado é, neste caso, a que interpreta e esgota melhor o ilícito do facto, sobretudo se tivermos em conta que o agente que tem o domínio do facto tem igualmente um dolo especialmente intenso, já que não pode deixar de incluir implicitamente os riscos de erro.

Esta análise não se aplica diretamente ao caso germânico muitas vezes citado pela doutrina (caso Rose/Rosehal) em que o instigador²²¹ pretendia que o autor material matasse uma certa vítima e este, por erro sobre a pessoa, mata outrem.

A doutrina alemã dominante tem entendido que haveria aqui uma *aberratio ictus* do instigador e um erro sobre a pessoa do autor material, sendo, por isso, punidos de modo diferente.

Justificar-se-á esta solução e uma diferença de tratamento do caso relativamente ao anterior?

A qualificação como *aberratio ictus* do instigador teria contra si a inexistência de perigo real efetivo contra a vítima projetada e não atingida, o que tornaria a tentativa uma construção artificial. Também a qualificação do homicídio projetado como uma tentativa impossível, por inexistência do objeto típico, não teria facilmente cabimento, pois existe um objeto típico, uma pessoa, que é atingido.

Os casos tratados pela jurisprudência alemã em que se admitiu a *aberratio ictus* são casos de instigação e não de autoria mediata, em que o agente apenas determinou outrem dolosamente à prática de um crime contra certa pessoa e o autor material, por erro, veio a

²²¹ A figura do instigador está prevista na última parte do artigo 26º que se refere ao agente que “determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

confundir as vítimas e a cometer o crime contra outra pessoa. Neste caso, o instigador, nos termos do artigo 26º, *in fine*, do Código Penal não detém o controle dos acontecimentos e embora tenha sido ele a determinar a vontade dolosa do autor material não a poderia controlar, durante a sua execução, pois o autor material é também um agente doloso, autonomamente responsável.

Deve ser atribuído ao dolo do instigador o “desvio de mandato” ou utilizar-se, antes, por analogia a figura da *aberratio ictus*?

Também, aqui, se terá de concluir que não é concebível uma verdadeira tentativa e há, igualmente, um erro sobre a pessoa por parte do autor material, isto é, sobre objetos típicos idênticos.

Duas soluções restantes se debatem: a solução de punir pelo crime doloso consumado como se justifica nos casos de autoria material ou a de punir o instigador apenas por um crime negligente, sem integrar o crime cometido no dolo do instigador. Se, na autoria mediata, terá sentido incluir todos os erros sobre a pessoa ou sobre o objeto no “domínio do facto” do autor mediato, já num caso em que este “domínio do facto” inexistente, por estarmos perante comparticipação criminosa, e a não ser que se possa demonstrar, em contexto de erro, um dolo eventual, não teria justificação alterar a doutrina tradicional do “excesso de mandato”.

Deste modo, o instigador seria punido pelo crime consumado executado pelo autor material, a título de dolo ou de negligência conforme o grau do seu conhecimento e aceitação prévios do desfecho desviado da ação. A partilha de responsabilidade entre o instigador e o autor material justifica esta solução diferenciada.

b) Uma outra situação que a doutrina penal tem considerado é a do dolo alternativo²²². Nesses casos, o agente pretende atingir A, sendo, no entanto, indiferente para si que venha a atingir B, ambos seus inimigos, por exemplo.

²²² Cf. sobre a figura, ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., pp. 479 a 481.

Pode acontecer que não se verifique sequer dolo direto relativamente a uma das vítimas e dolo eventual relativamente à outra, mas pode verificar-se mesmo um dolo direto alternativo.

Verifica-se um dolo que admite uma ação imprecisa e sem um desenvolvimento concreto *a priori* certo, relativamente a uma de duas vítimas, embora se prefira atingir uma das vítimas e não a que se atinge efetivamente. Nesses casos, estamos também perante uma tentativa e um crime doloso consumado ou, por se ter atingido apenas uma das vítimas, querendo o agente atingir preferencialmente uma delas, estaremos perante um único crime doloso consumado?

A solução mais correta é reconhecer neste caso dois crimes, o crime tentado e o crime doloso consumado, se ambas as vítimas estão presentes. A ação promovida pelo agente era bivalente – encerrava em si, em alternativa, uma possibilidade de atingir qualquer uma das vítimas (embora se preferisse atingir uma delas), e era sustentada numa decisão de atingir qualquer uma delas. Ambas as vítimas foram objetos da ação e ambos os concretos bens jurídicos – a vida de cada pessoa – foram postos efetivamente em perigo. A demonstração da existência de perigo pode fazer-se com recurso ao exemplo em que uma das potenciais vítimas não estivesse presente, embora o agente à distância de um disparo pensasse, por erro, que poderia estar, e a vítima presente não viesse a ser atingida. É óbvio que não deixaria de existir uma tentativa de homicídio quanto à vítima presente. Nessas condições, a conclusão a retirar é a punição das situações de dolo alternativo através do concurso entre tentativa (necessariamente dolosa) e crime doloso consumado.

p – O erro sobre proibições legais e elementos normativos do tipo. O problema do erro em conexão com as normas penais em branco

1. A complexa estrutura dos tipos legais de crime que compreendem, como se disse, elementos de diferente natureza, tradicionalmente classificados em descritivos e normativos leva-nos a analisar com algum detalhe os erros que incidem sobre os elementos normativos do tipo ou as próprias proibições legais que formam o conteúdo de ilícito dos tipos legais de crime.

Nestes casos, como já resultou dos pontos anteriores, as fronteiras entre um erro sobre a factualidade típica verdadeiramente excludente do dolo, enquadrável no artigo 16º, nº 1, e o erro sobre a ilicitude cujo regime seja o do artigo 17º do Código Penal, meramente excludente de culpa, são, por vezes difíceis de traçar e até podem revelar uma instabilidade doutrinária de *jure condendo*.

O regime legal português é sobretudo influenciado pelo pensamento de FIGUEIREDO DIAS²²³, que distingue os erros de tipo intelectual dos erros de tipo moral, mas que também nesta matéria sempre fez repercutir na natureza do erro o respetivo objeto. Assim, se o objeto do dolo forem elementos constitutivos do tipo de ilícito, mesmo que estes elementos sejam normativos ou até puras proibições legais, estaríamos sempre perante erros do artigo 16º, nº 1, excludentes do dolo.

Dois aspetos, não verdadeiramente autónomos, se conjugariam, deste modo, para que um erro que incida sobre valorações ou proibições seja ainda erro de tipo, excludente do dolo: o aspeto que se relaciona com a própria posição do agente perante o conhecimento – a ignorância de cariz intelectual sobre o significado da conduta e não a divergência com o legislador sobre a valoração da conduta – e o aspeto que assenta no próprio objeto sobre que incide o erro, distinguindo as situações conforme o erro incida sobre a existência

²²³ A partir da sua obra, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, 1ª ed., ob. cit..

de elementos constitutivos do ilícito típico, dos quais depende a própria matéria ou objeto da proibição, ou apenas sobre o significado valorativo da conduta típica realizada pelo agente.

Da conjugação resultaria, afinal, que o erro excludente do dolo deveria sempre impedir o agente de tomar conhecimento da matéria proibida (mesmo que esta seja constituída por elementos de direito não percecionáveis pelos sentidos) e não apenas do significado valorativo desta matéria.

A doutrina portuguesa não tem acompanhado, sem hesitações, esta dogmática do artigo 16º, nº 1, *in fine*, inspirada em FIGUEIREDO DIAS, sobretudo na medida em que o critério referido apele a uma outra distinção, a distinção entre o erro sobre proibições incidentes sobre condutas axiologicamente relevantes, por um lado, e condutas axiologicamente neutras, por outro lado.

Segundo essa distinção, excluiria o dolo, por exemplo, a ignorância absoluta sobre as normas regulamentares que estabeleceriam uma tabela de preços, no crime de especulação²²⁴, na medida em que a conduta de vender um certo produto seria, em si mesma neutra, e já não excluiria o dolo o desconhecimento quanto ao prazo legal da não proibição do aborto, conduta que, por atentar contra a vida intra-uterina, nunca seria axiologicamente neutra.

As questões que a abordagem do tema pela doutrina portuguesa suscita são de duas ordens: questões quanto à relatividade e subjetividade cultural do que se entenda como eticamente neutro²²⁵ e questões quanto à existência de deveres especiais de conhecimento em certas esferas sócio-profissionais.

²²⁴ Artigo 35º do Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro.

²²⁵ Cf. BELEZA, T./PINTO, F. COSTA, em *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco*, 1999, e VELOSO, J. ANTÓNIO, *Erro em Direito Penal*, Lisboa, 1993, p. 22 e ss..

A primeira dessas questões apenas contesta a imprecisão do critério em certos casos. Por exemplo, em matéria de crimes ambientais, como a poluição, que estejam dependentes de estudar técnicas sobre a nocividade de certas condutas bem como de regulamentos complexos de que um leigo não tem imediato conhecimento, existirá, eventualmente, no próprio desconhecimento do agente da proibição, um desvalor ético que se repercute sobre toda a sua conduta. A cisão entre a conduta fáctica e o seu significado conferido pela proibição, dada a sua natureza de conduta necessariamente regulada, não tem justificação. O mesmo se poderá dizer das condutas que subjazem a crimes económicos, como a especulação ou o açambarcamento. O exemplo mais sugestivo desta impossibilidade de cisão entre a conduta fáctica e o seu desvalor normativo é, na verdade, a condução automóvel. Conduzir nunca é um facto neutro, apesar de *prima facie* ser completamente diversa a sua caracterização ética relativamente a disparar uma arma ou envenenar um alimento. E nunca é um facto neutro porque é criador de riscos e é necessariamente licenciado e regulado.

A esta dúvida acresce a existência de deveres específicos de conhecimento em certas áreas profissionais que são, efetivamente, pressuposto do exercício de uma atividade e da prática de condutas inseridas nessa atividade. Por exemplo, o desconhecimento por um empresário de regras contabilísticas, por um produtor alimentar de certas regras sobre a composição de um produto²²⁶ ou de um editor das regras sobre o direito de autor, exprime, também, uma situação de indiferença acerca das limitações da atividade regulada e dos efeitos nocivos de toda uma linha de comportamentos. A pertinência destas dúvidas e críticas quanto à distinção entre condutas eticamente relevantes e neutras é irrefutável, mas também é verdade que não é legítimo confundir o elemento intelectual do

²²⁶ Cf. VELOSO, J. ANTÓNIO, *text. cit., loc. cit.*

dolo com o mero dever de conhecer que caracteriza a negligência e é sabido que a multiplicação de regras técnicas torna excessivamente exigente o exercício de certas atividades sociais²²⁷.

2. A questão a resolver transfere-se, deste modo, para a procura de um equilíbrio juridicamente fundamentado entre o erro sobre proibições excludente do dolo e o que só pode relevar em sede de culpa, na base da existência de condições ou oportunidades razoáveis de conhecimento concreto pelo agente do sentido efetivo da sua conduta. Essas condições e oportunidades decorrem de vários fatores como o nível de inserção profissional do agente, a evidência das regras e a própria perigosidade previsível das condutas em causa.

Será, assim, na base da razoável aquisição da consciência da ilicitude a partir da conduta, em todo o seu contexto social, que terá cabimento distinguir o erro do artigo 16º, nº 1, do erro do artigo 17º do Código Penal.

²²⁷ Muito significativo a este respeito é o Código de Direito de Autor e dos Direitos conexos em que algumas infrações criminais aí descritas como usurpação (artigo 195º) dependem da não autorização do titular do direito ou da violação dos limites da autorização (artigo 195º, nº 3) e em que o próprio Código estabelece várias exceções ou exclui do âmbito do proibido a reprodução temporária de uma obra, através de uma conduta sem significado económico (artigo 75º). Coloca-se, por isso, um espaço de dúvida quanto ao *download* de obras ou de *software* a partir da *internet*, em situações de redes que partilham ficheiros (cf. VIEIRA, J. ALBERTO, "Download de obra protegida e uso privado", em *Direito da Sociedade e Informação*, vol. III, 2009, p. 460 e ss., e ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, "Direito Penal de Autor", em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, 2001, p. 458 e ss.), dúvidas que no caso de se entender verificada a tipicidade poderão suscitar erros sobre proibições legais (cf. ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *text. cit.*, p. 475 e ss.). Estes tipos de duvidosa interpretação que remetem para normas extra-penais levantam, desde logo, problemas de respeito pelo princípio da tipicidade, pois a difícil previsibilidade da conduta proibida cria insegurança jurídica. Se, porém, as normas em causa respeitarem a "previsibilidade de segurança" das proibições que contém, ainda assim não é de excluir que os agentes não representem correctamente as mesmas proibições, nos termos do artigo 16º, nº 1, do Código Penal (cf. ASCENSÃO J. OLIVEIRA, *text. cit.*, *loc. cit.*).

A metodologia da distinção passará, deste modo, pela análise daqueles fatores referidos e que sinteticamente produzirão um resultado de evidência de sentido típico da conduta à luz da conexão entre a inserção do agente na atividade social e a relevância do licenciamento da mesma.

O erro não excludente do dolo, nesses casos, baseia-se ainda numa representação inevitável da gravidade da conduta, tal como acontecerá na condução fora de mão a alta velocidade numa estrada com circulação normal, com total indiferença pelo risco.

O que é específico nestes casos é que o agente não é surpreendido com o sentido da ação conferida pela regra que não procura conhecer, e aceita implicitamente o resultado típico, ao não procurar conhecer o dever de comportamento que a regra preconiza.

Diferentemente se terá de concluir, num caso em que o agente contacta de novo com uma atividade que passou a ser regulada ou que veio a ser regulada com novos critérios.

Assim, no caso versado num Acórdão do Tribunal Constitucional, em que um grupo de mulheres se candidatou numa lista de cidadãos independentes, nas primeiras eleições autárquicas em que tal foi previsto, o alegado desconhecimento de que tinham o dever de prestar contas como os partidos políticos, mesmo na ausência de despesas – o desconhecimento da extensão do dever – parece impedir o reconhecimento por elas do comportamento como ilícito, dada a falta de experiência política²²⁸. Em todas estas situações é necessário fazer algumas distinções que permitam autonomizar os problemas.

Em primeiro lugar, não se pode confundir um problema de respeito pela tipicidade na configuração do tipo objetivo com o tema do erro e do dolo.

²²⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 452/99, em <http://www.TribunalConstitucional.pt>.

Quando, por exemplo, a remissão para uma norma extra-penal subtrai à norma penal o núcleo do ilícito, as referências básicas sobre o conteúdo da proibição, estaremos perante uma norma penal em branco, violadora do princípio da legalidade, e não perante uma questão de erro. Isto só não sucederá se a remissão para a norma extra-penal significar um mero preenchimento da matéria da proibição por normas técnicas variáveis, sendo o núcleo da proibição a própria desobediência a tais normas, como por exemplo, a desobediência às regras de prioridade sejam elas quais forem, ou os casos em que as normas extra-penais delimitam negativamente a proibição, que já está suficientemente explicitada na norma penal remissiva²²⁹.

Q – Análise dinâmica do dolo como problema constitutivo da imputação subjetiva. A prova do dolo

A definição de dolo e dos seus limites analisados através do problema do erro foram analisados como questão de imputação, isto é, de atribuição de condutas determinadas a certos agentes. Há, por isso, uma dimensão diversa da mera análise concetual estática da ideia de dolo que perpassa na lei. Estamos, na verdade, perante o problema de saber como se constrói um juízo de atribuição de significado e valor a uma conduta do agente, no plano da identidade subjetiva do acontecimento.

Não se trata, apenas, de fazer a análise das características que uma conduta tem previamente e em si mesma para ser considerada dolosa, mas ainda uma análise em que se decide o que está em jogo na intenção normativa que preside à qualificação de um comportamento como doloso.

²²⁹ Cf. sobre o primeiro tipo de casos, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 534/98 e sobre o segundo o Acórdão nº 427/95, em <http://www.TribunalConstitucional.pt>, em que, sendo, em geral, proibidos os aditivos alimentares, por regulamento se vieram a excluir da proibição certos aditivos.

Para estabelecer um paralelismo com um exemplo quotidiano, não se trata apenas de, por identificação, e descritivamente, concluir quais as características exatas que tornam uma pessoa ou um objeto belo, mas de compreender o que implica e subjaz à atribuição da qualificação como belo a um objeto, em termos sociais e linguísticos. Em outros termos, a consideração de uma pessoa como bela pode ter alguma função em certas situações, como a utilização da sua imagem para vender um produto de beleza, ou, menos prosaicamente, como concretização de um ideal estético, sendo, por isso, necessário traçar os critérios da beleza em função dessas consequências que se pretendam alcançar. A pessoa bela para efeitos de marketing não o será necessariamente em termos artísticos. O juízo de imputação no Direito Penal envolve, também, uma decisão sobre o sentido em função das consequências, neste caso das consequências penais e no sistema penal.

Assim, na imputação subjetiva, existem estes dois planos: a caracterização concetual de tipos de condutas e a atribuição de um valor em função das consequências para a responsabilidade penal do agente. A decisão que envolve a qualificação de um comportamento como doloso tem a sua dimensão de ponderação e de repercussão das implicações numa decisão concreta das finalidades do sistema penal. Quando nos confrontamos com o significado de imputar o dolo à conduta de um agente, teremos de apurar se procuramos uma matéria psicológica realmente existente, vivida pelo agente, um modo objetivo exterior de comportamento, que, como uma espécie de “fotógrafos”, identificamos ou se apenas falamos de um juízo baseado em certas premissas que constituem uma inquirição racional sobre o significado que o comportamento poderia ter²³⁰.

²³⁰ Uma diferenciação entre o reconhecimento da matéria psicológica do dolo e os seus critérios de prova é afluída, respondendo de certo modo a esta questão, no Acórdão da RPT de 12-mar.-2014, Proc. 31/09, em que se afirma “Temos para

Como já foi referido, antes, existe, desde logo na Filosofia, um debate entre uma conceção introvertida e outra extrovertida de vontade que afeta o que seja concebido como comportamento intencional. Está em causa saber se a intencionalidade é um fenómeno mental, relativamente privado e íntimo (conceção introvertida de vontade) ou antes um modo de comportamento identificável pelas suas características objetivas e externas, como, por exemplo, a direção em que se aponta uma arma ou se move um objeto.

Esta discussão da Filosofia, a que anteriormente já foi feita referência, tem um interesse fundamental para o Direito, mas não esgota o problema que está em causa na imputação do dolo. Enquanto, na Filosofia, se procura saber o que significa e pode ser designado como ação intencional²³¹ e que sentido último tem distinguir ações intencionais das que o não são (procura-se, na verdade, conhecer o sentido último da atribuição pela linguagem de certas qualidades a alguns comportamentos), no Direito, interessa, sobretudo, distinguir formas comportamentais que justificam diferenciação de responsabilidade e de grau de responsabilidade.

Com efeito, na Filosofia, procurar-se-á saber, por exemplo, se há fenómenos mentais que se repercutem na realidade, como verdadeiras causas, de que as intenções seriam uma espécie, ou qual é o significado, em termos de linguagem, de designar

nós que se impõe ter bem presente que são coisas distintas a narração dos “factos psicológicos” que materializam o tipo subjetivo do ilícito, *maxime* os elementos do dolo, pois constituem suporte factual imprescindível de uma condenação penal, e a prova desses factos” e acrescenta mais à frente o referido aresto “o que sucede é que muito raramente há prova directa do dolo... e por isso, por regra, só mediante prova indirecta ou indiciária (que incide sobre factos diversos do *thema probandum*), recorrendo a juízos de inferência a partir de factos materiais e objectivos e com auxilio de regras de experiência comum, é possível concluir pela verificação dos factos que consubstanciam os elementos subjectivos do tipo”.

²³¹ Que neste contexto, funciona em total paralelismo com o conceito jurídico de ação dolosa. Cf. sobre este ponto, a minha Dissertação de Mestrado, *ob. cit.*, p. 149 e ss., e “A Vontade no Dolo Eventual”, *text. cit.*, 2005.

um comportamento como intencional. ANSCOMBE diz que o comportamento intencional é aquele que sendo sujeito a uma pergunta de “porquê” obtém como resposta as razões de agir do agente²³². Também, na Psicologia, procurar-se-á entender como é que se processa mentalmente uma ação intencional, na perspetiva dos fenómenos observáveis ou que podem ser compreendidos.

Mas, no Direito, o que procuramos saber é se as ações, concebidas pela Filosofia e descritas pelas Ciências (Psicologia, Neurociência) como intencionais devem ser suscetíveis de um grau específico de responsabilidade, se apenas elas merecem a mais elevada distinção de responsabilidade e como se identificam em termos processuais.

É claro que ao Direito com estas finalidades específicas pode não importar em absoluto os conceitos das outras áreas de pensamento, por não se adequarem aos seus fins; mas, sendo o ponto essencial para o Direito saber que formas de comportamento justificam responsabilidade e diferenciações de responsabilidade, terá de se utilizar como referência o saber acerca do significado de designar uma conduta humana como intencional.

E, deste modo, não pode o Direito prescindir nem da Filosofia nem das próprias Ciências, como a Psicologia, a Sociologia ou mesmo a Neurociência que lhe podem fornecer informação sobre o comportamento humano.

Significa esta última reflexão que um pensamento exterior ao método jurídico sobre a ação intencional é constitutivo de uma metódica compreensão das consequências das distinções entre dolo e negligência, bem como das consequências excludentes ou não da responsabilidade das diversas figuras de erro.

²³² Cf. ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, cit., §§ 5º, 8º, pp. 7-26; cf. SPEAKS, J., “A Guide to Anscombe’s Intention”, §§ 1º, 31º, 2004, disponível em <http://www3.nd.edu/~jspeaks/courses/mcgill/519-action/anscombe-1-31.pdf> e consultado pela última vez em 17/03/2017.

Não é assim uma tabela de figuras de comportamento doloso ou de situações de erro com as suas consequências o que importa ao Direito Penal, mas a compreensão dinâmica do merecimento penal das condutas, apenas superior nas condutas dolosas, na medida em que elas revelam a devida e mais elevada oportunidade (por força da representação e vontade do agente relativamente ao facto típico) de o agente optar por alternativas de ação em face do conhecimento disponível sobre o objeto e efeitos da sua conduta.

§ 7º – Ilicitude e justificação

A – A ilicitude como elemento do conceito de infração criminal e juízo de valor na decisão penal. A ilicitude como desvalor da ação e do resultado

1. Quando se analisam os elementos que compõem o conceito de crime, à tipicidade, sucede, por ordem lógica, a ilicitude do facto. Quer isto dizer que para além de todo e qualquer crime ter de ser um comportamento correspondente a um tipo legal de crime, também o comportamento concreto há de contrariar o Direito, ou seja, ser ilícito. Neste discurso concetualista, é necessário descodificar o que significa essa relação de contrariedade para com o Direito, em que é que ela faz acrescer algo à tipicidade e como é que a afirmação da ilicitude na decisão penal se distingue das tarefas de imputação objetiva e subjetiva até aqui analisadas.

2. Em primeiro lugar, a ilicitude do facto significa a sua contrariedade a uma norma do Direito Penal, no pressuposto de que não se verifique simultaneamente uma autorização por qualquer outra norma do Direito Penal ou pertencente à restante ordem jurídica.

Assim, a ilicitude é uma demonstração coerente, em face de todo o Direito, de que o facto é desvalioso. É isso mesmo que o artigo 31º do Código Penal postula ao referir que “o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela Ordem Jurídica considerada na sua totalidade”. Se um facto, como matar uma pessoa, apesar de ser contrário à norma que proíbe o homicídio, for justificado por legítima defesa, nos termos do artigo 32º do Código Penal, deixa de se poder retirar da antinormatividade, *prima facie*, a conclusão de que o facto é ilícito, porque existe uma outra norma que expressamente o autoriza.

Deste modo, a unidade da ordem jurídica a que o artigo 31º apela refere-se à situação em que uma conduta antinormativa, *prima facie*, é excecionalmente autorizada por uma outra norma

do Direito Penal ou mesmo de um outro ramo do Direito diferente do Direito Penal.

Assim acontece, para além do caso da legítima defesa atrás referido, por exemplo, nos casos de devassa na vida privada (artigo 192º do Código Penal) ou de interceção de comunicações (artigo 194º do Código Penal), que são condutas proibidas por normas penais substantivas, mas autorizadas pelo Código de Processo Penal (artigos 187º e ss. do Código de Processo Penal), quando sejam realizadas no âmbito de um processo-crime pelas entidades competentes e seguindo os trâmites e condições previstas legalmente.

Também não haverá ilicitude de uma conduta típica, se ela for autorizada pelo próprio Direito Civil, como, por exemplo, um dano (artigo 212º do Código Penal) abrangido pela norma do Código Civil que prevê a ação direta (artigo 336º do Código Civil), ou de uma detenção que seria um crime de sequestro (artigo 158º do Código Penal), realizada com o fim de entregar uma pessoa à autoridade pública, nos termos do flagrante delito previsto nos artigos 255º e 256º do Código de Processo Penal.

3. As afirmações anteriores sobre a ilicitude correspondem ao pensamento da escola clássica do Direito Penal, mas que também foi adotado pelos neoclássicos e pelos finalistas. A perspectiva originária desta ideia de unidade da ordem jurídica é explícita em BINDING²³³. O Direito Penal teria um papel sancionatório de normas emanadas do conjunto do Direito ou de grandes princípios constitutivos do Direito. O “não matarás” não teria uma formulação direta no Direito Penal, mas este ramo do Direito apenas formularia a sanção para a violação da proibição inerente aos princípios do Direito. BINDING tinha uma visão da linguagem das normas jurídicas que podia justificar esta restrição do papel do Direito Penal, relacionando funções e linguagem das normas.

Assim, as normas, diferentes de meros preceitos legais, teriam dois papéis, o de valoração e o de formulação de imperativos. A valoração corresponderia à definição do valor de um bem para o Direito, o imperativo à proibição ou comando de ações.

No Direito Penal propriamente dito, porém, não se formulariam senão as previsões das sanções das normas que verdadeiramente resultavam do conjunto da ordem jurídica e que só implicitamente seriam referidas pelo Direito Penal. Deste modo, para concluir pela violação das normas não bastaria a correspondência do facto ao tipo legal, que apenas preveria a aplicabilidade da sanção a um facto, seria necessário confirmar se as verdadeiras normas, que emanariam do conjunto da ordem jurídica, teriam sido violadas. Assim, no caso do homicídio, procurar-se-ia saber se as normas que valoram o bem vida e as que proíbem matar teriam sido efetivamente violadas, tendo em conta os limites e exceções, que seriam as próprias causas de exclusão da ilicitude.

A ideia de unidade da ordem jurídica decorreria de uma racionalidade única do Direito, a partir de um conjunto de valorações-base, e de uma consequente coerência entre os imperativos que o legislador emitiria para realizar estas valorações.

O Direito Penal partilharia de uma raiz valorativa comum aos outros ramos do Direito, apenas revelaria um modo de proteção mais intenso, em virtude da gravidade da violação das normas em causa, mas não existiria nenhuma ilicitude especificamente penal.

Esta lógica permitiria desenvolver um conjunto de consequências, tais como: uma infração de normas do Direito Civil poderia não ter correspondência num ilícito penal, mas não seria concebível que de um ilícito penal não resultasse a ofensa das normas civis idênticamente reguladoras da conduta penalmente sancionada, como por exemplo, as que preveem responsabilidade civil delitual por violação de direitos ou bens alheios; o ilícito menos grave, o civil, não teria correspondência necessária nas formas mais graves de ilícito, mas já o ilícito penal, mais grave, teria repercussão necessária nas normas de responsabilidade das formas menos

graves de ilícito. Assim, num outro exemplo, todo o ilícito penal de funcionários públicos suscitaria coerentemente responsabilidade disciplinar, mas o inverso não seria verdadeiro.

A conceção de unidade da ordem jurídica é plenamente aceitável, quando revela uma racionalidade comum a todas as normas do Direito, e a existência de uma espécie de matriz das valorações, que sugere a ideia de Constituição.

No entanto, não só se deverá reconhecer que cada ramo do Direito pode ser orientado por lógicas e funcionalidades específicas, que tornam as simples relações do mais grave para o menos grave mais complexas do que este esquema, como também não deixa de ser plausível que haja um ilícito especificamente penal em atenção a valores relacionados com a resposta ao crime numa sociedade.

Na verdade, é aceitável como consequência da unidade da ilicitude que uma causa de justificação do facto, excludente da ilicitude no Direito Civil, teria de eliminar logicamente a ilicitude no Direito Penal, mas não o contrário.

Se a ação direta prevista no artigo 336º do Código Civil justifica a ofensa da propriedade alheia, afastando a responsabilidade civil, não pode, simultaneamente, persistir a responsabilidade penal pelo mesmo facto, que é uma forma mais grave de responsabilidade. Quando se nega a responsabilidade menos gravosa, não se pode afirmar a mais gravosa pelo mesmo facto, isto é, a responsabilidade penal. O facto que não pode ser qualificado como ilícito civil muito menos pode ser ilícito penal.

Todavia, esse argumento de maioria de razão não impede em absoluto que uma causa de exclusão da ilicitude possa afastar a responsabilidade penal e deixe subsistir outras formas menos graves de responsabilidade, admitindo-se nesse caso uma especificidade dos fins da responsabilidade nos diversos ramos do direito, apesar da existência de relações lógicas entre o mais grave e o menos grave.

Assim, por exemplo, poderá ser compreensível o afastamento da responsabilidade penal, em última análise justificado pela existência de medidas alternativas à punição ou pela falta de conveniência pura e simples de tratar um certo problema social com meios penais, como acontece em certos casos de aborto²³⁴. A verificação de razões para evitar a responsabilidade penal não terá de significar, no entanto, que o facto deixe de ser ilícito em geral ou para outro ramo do Direito, como acontece no caso do consumo de estupefacientes, que, apesar de não ser criminalizado pode dar origem a um ilícito de mera ordenação social²³⁵, mantendo-se o seu desvalor de acordo com os fins de outros ramos do Direito. Também uma causa de exclusão do ilícito penal, desde que se aceite a autonomia dos ramos do Direito, pode não ter um valor geral na ordem jurídica, apenas impedindo o sancionamento penal.

A unidade lógica da ordem jurídica impede que um facto autorizado como ilícito menos grave (ilícito civil, por exemplo) seja proibido como ilícito mais grave. Não imporá, no entanto, que um levantamento da proibição penal, que não se assuma como verdadeira permissão geral da conduta, afastando apenas a forma mais grave de responsabilidade, também exclua a responsabilidade civil ou disciplinar do mesmo facto.

Quem proíbe o menos grave terá igualmente de proibir o mais grave, ou, sob a lógica das permissões, quem permite o facto num subsistema de normas com sanções menos graves, como o Direito Civil, não pode proibir o mesmo facto, atribuindo-lhe as consequências mais graves da responsabilidade penal e negando a força justificadora de uma permissão ou autorização de conduta. Se para um certo facto há uma justificação civil, ela terá de, coerentemente, valer para esse mesmo facto no âmbito do Direito Penal.

²³⁴ Cf. artigo 142º do Código Penal.

²³⁵ Cf. Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, revogado pela Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro (artigo 2º).

Inversamente, uma não proibição penal do facto não tem de ter reflexos no Direito Civil, sem que isso signifique incoerência, falta de unidade da ordem jurídica ou falta de continuidade entre os ramos do Direito²³⁶.

4. Mas esta reflexão sobre a natureza do ilícito, entendido como afronta à totalidade da ordem jurídica, revela já que o que está em causa na afirmação da ilicitude do facto não é algo meramente lógico-formal mas uma afirmação de sentido valorativo sobre o facto.

Se na tipicidade e nos respetivos nexos de imputação apenas se procura qualificar o facto, identificando-o como facto de uma determinada espécie, isto é, caracterizar o facto concreto como análogo ao que o tipo legal define (ainda que para isso sumariamente se interprete o sentido valorativo insito no facto típico), quando se afirma a ilicitude ultrapassa-se essa lógica de identificação (que normalmente se caracteriza como correspondência do facto com a descrição legal do tipo) para se afirmar que o facto fundamenta um desvalor perante o Direito. A ilicitude estabelece que o facto, que é idêntico ao previsto no tipo, fundamenta um merecimento negativo – um desvalor de ação (uma violação de deveres pelo agente) e de resultado (uma lesão de bens jurídicos).

A ilicitude é assim um juízo de valor sobre um comportamento, que acresce ao juízo de tipicidade, de caráter descritivo, que exprime, através de ponderações, que um facto (típico) está em contradição formal e material com a ordem jurídica.

Na verificação da tipicidade, apenas se conclui que uma conduta é análoga à que o legislador definiu no tipo legal de crime, considerando-se, no entanto, o significado lesivo da mesma e recorrendo logo a valorações. Assim, se é verdade que ao concluir-se

²³⁶ É esta mesma lógica que está subjacente à responsabilidade civil conexa com a criminal no Código de Processo Penal (artigos 129º e ss. do Código Penal e 71º e ss. do Código de Processo Penal).

que A matou uma pessoa se constatou o sentido desse facto como homicídio e não, por exemplo, como uma intervenção cirúrgica que correu mal, não está aí ainda em causa a conclusão sobre o desvalor dessa conduta como facto proibido. Esta última valoração pondera já o significado do facto como violação do dever extraído da proibição de matar e lesão do bem jurídico vida.

A tipicidade do facto precede, necessariamente, do ponto de vista lógico-valorativo, a ilicitude²³⁷, mesmo que o seu reconhecimento possa implicar, quase automaticamente, a ilicitude, se não existirem causas de justificação do facto.

Apesar de, na prática, o juízo de tipicidade e de ilicitude se confundirem, sempre que não existam causas de justificação do facto, é muito discutível, nas suas consequências, a fórmula de teoria neoclássica, segundo a qual a tipicidade seria a *ratio essendi* da ilicitude e não existiria propriamente autonomia da tipicidade relativamente à ilicitude, fundindo-se estes dois juízos numa única categoria.

O juízo de tipicidade pode até pressupor, em abstrato, valorações de ilicitude como no caso da distinção entre ofensas corporais e intervenções cirúrgicas (artigos 143º e 150º do Código Penal), mas estas valorações serão sempre entendidas na tipicidade como problemas de descrição dos factos verificados, de acordo com os critérios da linguagem social, referente da descrição da lei, e não logo como avaliação pela ordem jurídica do facto, declarando-o desvalioso ou não desvalioso e, por isso, proibido ou permitido. Esta última tarefa pertence ao juízo de ilicitude.

²³⁷ Diferentemente, o princípio do pensamento neoclássico, segundo o qual o tipo, enquanto norma penal, seria a *ratio essendi* da ilicitude. Aqui fala-se apenas de precedência e da indicição da ilicitude pela tipicidade. Também a ideia de que a ilicitude é o *prae* da tipicidade, defendida por FIGUEIREDO DIAS, não coincide com o presente texto, em que se considera fundamental que a construção das valorações (desvalor da ação e do resultado) tenha precisamente como referente a ação típica e não o inverso (cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, ob. cit., p. 260 e ss.).

Para ilustrarmos a autonomia lógica recíproca dos juízos de tipicidade e de ilicitude, poderemos recorrer a um exemplo da vida quotidiana. Quando uma vizinha conta à mãe de uma criança que esta, jogando à bola, partiu o vidro de uma janela, apenas identifica descritivamente o que a criança terá feito²³⁸, mas não adianta nada de definitivo sobre o significado daquele comportamento. Será algo diverso e posterior afirmar-se que a criança desobedeceu à ordem da mãe quanto a jogar à bola naquela rua, ou à ordem geral que proíbe a interferência danosa na propriedade alheia. A relevância e a gravidade do facto para efeitos de responsabilidade (da criança perante os pais e até dos pais perante terceiros) depende de vários aspetos, tais como saber se a criança ao jogar à bola naquela rua violou algum dever, desobedeceu a alguma norma, lesou algum bem.

E esta última análise ultrapassa um juízo descritivo, mas corresponde já a uma apreciação pelo Direito do facto, considerando-o ou não como um facto proibido.

Mais se evidenciarão estes aspetos valorativos da ilicitude autónomos da tipicidade, se, neste mesmo exemplo, introduzirmos circunstâncias reveladoras de uma possível causa de justificação, como acontecerá, por exemplo, se o proprietário da casa cujo vidro foi quebrado autorizou expressamente as crianças a jogarem naquele local, o que corresponderá a um consentimento do ofendido.

A circunstância justificativa leva a uma reconfiguração do sentido social do comportamento, que fundamenta uma alteração do juízo de valor inicial negativo suscitado pelo facto. A falta de interesse do titular do bem afetado repercute-se no desvalor da ação e do resultado perante as ordens normativas em causa (a materna e a do Estado)²³⁹.

²³⁸ Diferente identificação de uma conduta seria comunicar que a criança atirou a bola contra o vidro intencionalmente. Na descrição da conduta está sempre implícito um elemento subjetivo.

²³⁹ É claro que estes momentos são apenas distinguíveis por um processo de análise e dissecação do facto, a partir do qual, sob a narrativa final do que aconteceu,

5. O juízo de ilicitude não só não deve ser uma repetição do juízo de tipicidade como qualquer inversão da precedência da tipicidade relativamente à ilicitude é conflituante com o princípio da legalidade.

Sem se ter analisado a tipicidade do facto, não será possível avançar para uma apreciação de ilicitude.

Não teria cabimento, no caso anterior, começar por afirmar que não há exclusão da ilicitude, por o consentimento do ofendido não ter sido emitido por quem era titular, sem antes se ter asseverado que se deveu efetivamente àquela bolada a quebra do vidro, que a criança não foi empurrada ou que não foi um terceiro que desviou a bola para a janela.

Só definido o facto na sua identidade plena, incluindo os aspetos subjetivos, tem cabimento ponderar os valores que dele emanam – isto é, o desvalor da ação e o desvalor do resultado que revela. Num desenvolvimento extremo, uma não autonomização entre tipicidade e ilicitude potenciaria a consideração como irrelevante da diferenciação rigorosa, no que se refere à norma que prevê e pune o homicídio, entre uma conduta que provoca concretamente a morte e a que meramente a potencia, mesmo que o resultado tivesse ocorrido a partir de um outro risco. O facto não seria um estrito fundamento do juízo de valor.

Um rigoroso cumprimento do princípio da legalidade impõe que a interpretação dos valores prosseguidos pela norma penal radique no facto descrito no tipo com referência à estrutura lógica das ações descritas, e que, na decisão penal, se parta desse mesmo facto tal como na linguagem do legislador ele é descrito, sem pré-compreensões valorativas do intérprete de cariz subjetivo, para fundamentar os juízos de valor.

se tenta vislumbrar uma descrição quase neutra em que a valoração penal não interfira ainda.

6. O juízo de ilicitude destina-se, em conclusão, a asseverar que o desvalor da ação e o desvalor do resultado do facto típico o tornam um facto proibido.

A distinção entre desvalor da ação e desvalor do resultado, oriunda, sobretudo, do pensamento finalista, mas que não tem necessariamente que adotar todos os seus pressupostos filosóficos²⁴⁰, é um bom instrumento de trabalho no pensamento penal.

O desvalor da ação traduz a contrariedade à ordem jurídica da orientação da vontade que conduz a ação e que identifica o facto. Revela que o agente, por ter agido com dolo ou pelo menos com negligência (violando um dever objetivo de cuidado), contrariou uma proibição de ação que lhe impunha que se abstinisse de praticar tal facto ou, no caso de comando da ação, que impunha que realizasse certo comportamento.

O desvalor do resultado exprime a realização de um resultado que implicou a lesão ou pelo menos o concreto perigo de lesão de um bem jurídico que a norma penal visa proteger.

No pensamento dos sistemas clássico e neoclássico, não existia lugar, no juízo de ilicitude, para o desvalor da ação, sendo a ilicitude absoluta ou mitigadamente objetiva, no caso dos chamados elementos subjetivos da ilicitude constantes de alguns tipos legais, como o furto²⁴¹, que restringiriam a ação típica à prática do facto com certas intenções específicas.

²⁴⁰ Com efeito, o ontologismo de WELZEL parte de uma específica teoria do conhecimento do objeto, em que ao sujeito com os seus quadros mentais de conhecimento se impõe um objeto, neste caso, a ação final com uma certa estrutura válida para todos os tempos e lugares, isto é universalmente. É discutível, porém, que esta ideia da imposição de uma estrutura ôntica do objeto negue as variações históricas e culturais. Apenas parece razoável reconhecer que a responsabilidade por um comportamento livre, tal como hoje o entendemos, terá de apelar a um referente comportamental, de acordo com a racionalidade inerente à comunicação e à linguagem, num certo tempo histórico, o da democracia e do Estado de Direito.

²⁴¹ Cf. sobre os elementos especiais subjetivos da ilicitude, entre outros, DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *ob. cit.*, p. 329; ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, *ob. cit.*, §§ 10º, 8º p. 228 e ss., e STRATENWERTH G., *ob. cit.*, § 8º, nº 131, p. 13 e ss..

As questões de contrariedade aos deveres emanados das normas eram remetidas para a culpa, em nome de uma tradição de definição do crime que associava a valoração normativa, como tarefa de um juízo objetivo, à objetividade externa dos factos como objeto desse juízo. O juízo de ilicitude era assim objetivo, por ser normativo e valorativo, num certo entendimento dessas qualificações, amputando-se do seu objeto os aspetos subjetivos do facto. Na ilicitude, apenas se tratava de uma contrariedade do facto objetivo às normas, entendidas como normas de valoração. A parte imperativa das normas era considerada apenas em sede de culpa. O pensamento dos finalistas demonstrou que não há factos identificáveis objetivamente como ações de tipo x, y ou z (por exemplo, homicídios, furtos, roubos) sem inclusão da finalidade, da orientação subjetiva ou direção da ação para o fim determinado pelos respetivos agentes.

E mais do que essa constatação, mesmo sem nos vincularmos aos quadros filosóficos do finalismo, poderemos aceitar a afirmação de WELZEL segundo a qual só as verdadeiras ações finais podem ser proibidas com sentido, porque proibir só pode significar motivar que uma pessoa evite realizar uma conduta determinada, definida independentemente da norma e das suas valorações. Por isso, só ações humanas, real ou potencialmente finais, na expressão de WELZEL²⁴², ou ações com uma dimensão subjetiva identificadora da sua espécie, numa linguagem menos enfeudada aos pressupostos filosóficos do finalismo e mais próxima de uma filosofia da ação²⁴³, é que podem ser significativamente proibidas, motivando os seus potenciais autores a evitá-las.

²⁴² Cf. WELZEL, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, *cit.*, p. 31 e ss..

²⁴³ De uma filosofia da ação que radica na definição da voluntariedade que identifica a ação responsável.

B – A exclusão da ilicitude ou justificação do facto como momento essencial do juízo de ilicitude

A justificação do facto constitui um aspeto essencial do juízo de ilicitude, que revela a específica autonomia daquele juízo relativamente à tipicidade.

FIGUEIREDO DIAS fala em tipos justificadores²⁴⁴ para realçar que não existirá uma verdadeira continuidade entre fundamentação e exclusão da ilicitude, dando assim solução ao embaraço em que a escola neoclássica caía ao considerar as causas de justificação como elementos negativos do tipo que apenas delimitariam o desvalor fundamentado no facto típico e que, dada essa função, teriam de ser objeto do dolo ao mesmo título que os elementos do tipo que fundamentariam a ilicitude.

Com efeito, se as causas de justificação mais não fossem do que elementos negativos de um ilícito típico objetivo, como propugnava a escola neoclássica, então o dolo valorado na culpa teria de enquadrar tanto os fundamentos positivos da ilicitude como os seus limites negativos. E esse dolo referido a um objeto uniforme de facto ilícito corresponderia ao exagero de o agente só poder ser responsabilizado se ao conhecimento e vontade de realização do facto típico se acrescentasse o conhecimento efetivo da inexistência de causas de justificação, como a legítima defesa ou o estado de necessidade, por exemplo.

A fundamentação positiva da ilicitude que praticamente decorre da valoração consequente à verificação do facto típico não tem a mesma natureza da sua exclusão por força de uma causa de justificação. Uma causa de justificação do facto não é uma mera delimitação negativa do desvalor da ação e do desvalor do resultado, mas em princípio uma compensação ou neutralização da lesão do bem jurídico protegido pela norma, através da realização de um outro bem ou interesse que suscita uma razão específica para não proibir uma conduta típica.

Mas tal conclusão reclama a análise da estrutura lógica e normativa das causas de justificação. Detenhamo-nos, a seguir, nessa análise das diversas hipóteses de configuração normativa da relação entre a afirmação e a negação da ilicitude relativamente a um facto.

§ 8º – A estrutura normativa da justificação. Sistemas de justificação em conexão com a unidade do ilícito ou com um ilícito estritamente penal

A – A perspetiva lógico-normativa sobre as causas de justificação

1. Numa perspetiva lógico-normativa, as causas de justificação podem ser definidas como exceções a uma norma geral proibitiva²⁴⁵⁻²⁴⁶⁻²⁴⁷, elementos negativos de uma norma proibitiva²⁴⁸

²⁴⁵ A perspetiva da regra-exceção corresponde a uma perceção imediata da relação entre as proibições legais e as causas de justificação. Ela tende a ser perfilhada por quem reduza as fontes do direito à sua linguagem (ou expressão legislativa), acentuando a linguagem das proibições. O sistema regra-exceção foi adequado à construção do tipo indiciador, no sistema clássico, na medida em que o indício geralmente desencadeado poderia ser excecionalmente não confirmado pela verificação das causas de justificação (veja-se BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, ob. cit., p. 110 e ss.). O sistema regra-exceção não contém, no entanto, qualquer indicação das relações materiais entre tipicidade e ilicitude. Apenas descreve uma técnica de manifestação e comunicação do direito (no mesmo sentido, CORREIA, E., *Direito Criminal*, II, ob. cit., p. 4, nota 1), o que permite entender que o sistema neoclássico tenha igualmente utilizado a sua fórmula (veja-se MEZGER, E., *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª ed., 1950, § 12º, e CORREIA, E., ob. cit., loc. cit.), apesar da adesão a uma conceção de tipo total do ilícito e a uma diferente relação entre tipicidade e ilicitude. Há, no entanto, no sistema regra-exceção, uma vocação positivista exagerada para tomar a linguagem da comunicação do direito (a da suas fontes legais) pelas próprias valorações normativas (nesse sentido, também, DIAS, J. DE FIGUEIREDO, negando o valor substancial e funcional da relação regra-exceção, *O Problema da Consciência da Illicitude*, ob. cit., p. 85).

²⁴⁶ A crítica do sistema ou princípio da regra-exceção é empreendida, diretamente, por SCHMIDHÄUSER, E. ("Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht", em *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, 1987, p. 77 e ss., p. 83), a partir do significado equívoco do conceito de regra (como sinónimo de algo habitual ou de direção geral de ação), que leva a colocar as causas de justificação no lugar de regras, no segundo sentido, e de exceção, no primeiro.

²⁴⁷ Referindo, brevemente, as diferentes articulações lógico-formais entre o tipo incriminador e as causas de justificação, MATEU, J. C. C., *La Justificación Penal. Fundamento, Naturaleza y Fuentes*, 1982, pp. 72-89, e ainda, com algum interesse para esta questão, LINDE, H. VON DER, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik*, 1988, pp. 74-82, criticando a

ou normas permissivas²⁴⁹. No primeiro caso, a delimitação de exceções é apenas uma expurgação da norma proibitiva de elementos que, em princípio, nela cabem, mas que, por certas

validade de uma análise estrutural e lógica da justificação para obter um conceito geral ou um princípio do sistema.

²⁴⁸ A construção da teoria dos elementos negativos do tipo distingue-se, materialmente, da relação regra-exceção, por não ser explicitamente um mero enunciado de uma relação lógica, mas sim a proposta de uma relação funcional e valorativa, em que a previsão das causas de justificação corresponde ao mesmo fim do tipo-incriminador, exprimindo a mesma espécie de valorações. Sobre esta teoria é, sobretudo, modelar a formulação de ENGISCH, K., em “Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine Kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht”, em *D.J.T. Festschrift*, I, 1960, p. 401 e ss.. Este tema foi já exaustivamente tratado, entre nós, por DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *O Problema...*, ob. cit., pp. 88 e ss., 152, nota 8, e 419 e ss.. Note-se que a teoria dos elementos negativos do tipo, formulada, inicialmente, no seio da teoria neoclássica do tipo como *ratio essendi* da ilicitude (HEGLER, em “Die subjektiven Merkmale des Verbrechens”, em *ZStW*, 36 (1915), p. 19 e SAUER, “Zur Grundlegung des Rechts zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands”, em *ZStW*, 36 (1915), p. 449 e ss.), perdura nas formulações que acentuam a prioridade lógica da ilicitude, como a que atinge o nível de uma autêntica conceção autónoma (da neoclássica) de tipo de ilícito, consagrada por DIAS, J. DE FIGUEIREDO (*O Problema...*, ob. cit., p. 95) e sugerida, já por BETTIOL, G., *Scritti giuridici*, II, 1960, p. 920, e HARDWIG, “Gesinnungsmerkmale im Strafrecht”, em *ZStW*, 68, 1956, p. 36.

²⁴⁹ Esta conceção tem uma importante base de apoio na obra de KAUFMANN, A., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 238 e ss.. Com ARMIN KAUFMANN, a norma permissiva não é apenas uma exceção lógica da norma proibitiva nem mesmo uma condição negativa, mas atinge um enunciado normativo autónomo, na medida em que alcança um efeito de ordem próprio e uma diferente espécie de juízo. Assim, a norma permissiva não define uma categoria de factos não incluídos na previsão típica, mas indica um juízo de valor, segundo o qual podem ser excluídos da proibição alguns factos incluídos no tipo. No exemplo que ARMIN KAUFMANN dá, distinguir-se-iam a proposição que excluísse da proibição um ato com uma certa finalidade diferente da do facto típico e a que permitisse um ato com aquela mesma finalidade, quando necessário por certo motivo. No primeiro sentido, o comportamento atípico seria, em rigor, uma outra ação final diferente da proibida; no segundo sentido o comportamento cuja ilicitude seria excluída seria, essencialmente, o mesmo, mas sujeito a uma ponderação de valores que concluiria pela sua necessidade absoluta e, por isso, pela impossibilidade de ser objeto de um dever (KAUFMANN A., ob. cit., pp. 253 e 254, sobretudo). Nesta ponderação são considerados valores não necessariamente imanentes à proibição, não sendo, por isso, a justificação secundária relativamente à proibição, mas algo que com ela convive como expressão dos fins gerais do sistema.

razões, formais ou materiais não previstas *ab initio* devem sair. No segundo caso, as causas de justificação são condições negativas do conteúdo da proibição do âmbito proibido, isto é, o juízo de delimitação do facto proibido exclui desde logo a conduta realizada em certas circunstâncias. No terceiro caso, as causas de justificação são, materialmente, permissões que atribuem um valor positivo a um facto proibido, a partir de circunstâncias que conduzem a uma compensação do desvalor da conduta pela realização de um outro valor prevalecente, correspondente a uma valoração jurídica autónoma.

A via do entendimento das causas de justificação como normas permissivas distingue-se de uma lógica de regra-exceção, já que a norma permissiva é, por vezes, materialmente, a regra e a proibitiva a exceção²⁵⁰, como acontece se a causa de justificação for apenas a manifestação de uma liberdade geral e o facto proibido uma restrição dessa liberdade.

Entre o modelo das normas permissivas e as outras duas construções existe, para além disso, uma diferença lógico-funcional considerável, que poderíamos exprimir como a de uma autonomia recíproca do objeto e da função normativos. Assim, não existe verdadeira identidade de objeto entre a proibição e a permissão – na medida em que a permissão se refere à conduta proibida com uma repercussão em bens e direitos específica²⁵¹. Por outro lado, as normas permissivas regulam, diretamente, relações entre sujeitos jurídicos e não apenas a relação entre o agente e a norma.

²⁵⁰ Isso mesmo reconhece FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, em *Lições de Direito Penal*, ob. cit., I, p. 103.

²⁵¹ Embora normas aparentemente permissivas, como o artigo 142º do Código Penal, se refiram, exclusivamente, a uma proibição legal, na medida em que as ponderações que prevejam não correspondam a ponderações gerais, como as do direito de necessidade (artigo 34º) e do conflito de deveres (artigo 36º), nem a princípios gerais do sistema, não poderão valer senão como delimitações negativas do tipo (assim as considera TRIFFTERER, O., “Zur subjektiven Seite des Tatbestands Ausschluss- und Rechtfertigungsgründe”, em *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, 1985, p. 215 e ss. e 218, mas já não SCHMIDHÄUSER, E., *Festschrift für Lackner*, text. cit., p. 93).

A discussão destas modalidades lógicas leva-nos a reconhecer alternativas sobre a estrutura, papel e função da norma jurídica. Para quem entenda que a norma jurídica exaure a intervenção do Direito, interessa no contexto de uma ordem jurídica, sobretudo, perceber quais são as exceções ou, menos linearmente, quais são as condições positivas ou negativas da sua aplicabilidade. Tudo, no entanto, se sedimenta e resolve no enunciado normativo positivo. Quem adira à conceção das normas permissivas ainda pode reduzir o universo jurídico ao dado normativo, mas considera-o mais complexo e não reduzido ao imperativo mas aberto à diversidade de valorações, ao admitir que a juridicidade não se confina à imperatividade nem aos efeitos desta (as sanções), havendo outras consequências jurídicas – por exemplo a atribuição de direitos e competências, válidos por si, independentemente de uma conversão à linguagem de imperativos²⁵².

2. Esse parece ser o enquadramento das distinções referidas, numa perspetiva de teoria geral do direito. No entanto, as opções sobre a estrutura das causas de justificação, na doutrina penal, têm sido, geralmente, subordinadas às relações entre tipicidade e ilicitude – a partir dos sistemas da teoria geral da infração. Assim, a perspetiva regra-exceção adaptou-se tanto à conceção do tipo indiciador de BELING como ao entendimento do tipo da escola neoclássica como *ratio essendi* da ilicitude. Em ambas serve um mesmo positivismo essencial: no primeiro caso, a proposição jurídico-positiva é o resultado lógico da combinação da lei penal com outras regras (delimitando exceções) existentes, no conjunto da ordem jurídica; no segundo caso, esgota-se na tipicidade toda a valoração jurídica, podendo incluir elementos negativos – as causas de justificação.

252 Nesta direção, com clareza exemplar, ENGISCH, K., *Introdução ao Pensamento Jurídico* [tradução portuguesa da 3ª edição alemã (1964), por MACHADO, J. BAPTISTA], 1968, p. 14 e ss..

A descrição das causas de justificação como normas permissivas, se à permissividade for dada plena autonomia lógica e valorativa relativamente à imperatividade, abre-se já a uma juridicidade assente nas características específicas dos valores jurídicos e não, unicamente, na imperatividade e na sanção jurídica. Deste modo, uma norma que atribui direitos ou permite a intervenção na esfera jurídica alheia pertence a um certo Direito e é válida, para além da legitimidade do seu modo de criação, da sua estrutura impositiva²⁵³, ou da correspondência aos fins ou valores fundamentais do sistema, tendo em consideração os efeitos sobre terceiros da conduta permitida. Pressupõe já um sistema jurídico que não se define, apenas, pela lógica da legitimidade processual ou dos fins do sistema²⁵⁴, na criação das suas proposições.

A estrutura lógica da permissão pode exprimir um sistema jurídico materialmente valorativo, abrangente não só de imperativos e dos valores conexionsados mas de autorizações, permissões e direitos.

Também esta perspetiva de justificação como norma permissiva é a mais apta a descodificar o extremo formalismo a que a doutrina penal europeia do século XX conduziu as relações entre a tipicidade e ilicitude, no Direito Penal²⁵⁵. A autonomia das normas permissivas, em que se consubstanciariam as causas de justificação relativamente ao tipo permite considerar relevante para a definição do crime aspetos diversos de uma lógica de imperativos.

253 Como, no fundo, deriva do pensamento de Kelsen, na medida em que, segundo ele, uma norma é válida por pertencer a um sistema de normas globalmente eficaz, ao qual subjaz, como logicamente pressuposta, uma norma fundamental, que forma a regra basilar da produção jurídica (*Teoria Pura do Direito*, trad. Baptista Machado, 1976, pp. 297-298).

254 Como, numa perspetiva sociológica, demonstra LUHMANN, N., em *Legitimation durch Verfahren*, 1972.

255 Através da logicização do debate sobre as relações entre tipicidade e ilicitude, desligando-o das opções fundamentais sobre as relações entre proibido e permitido na ordem jurídica.

3. O sentido a que agora se apela ainda diverge, sensivelmente, da metodologia que FIGUEIREDO DIAS propõe²⁵⁶, atribuindo ao tipo o papel de concretização ou individualização de um sentido da ilicitude. Assim, para este autor, a ilicitude seria o verdadeiro *prius* ou *ratio* do tipo e este exprimiria a valoração jurídica característica da ilicitude. Uma tal construção ao atribuir às causas da justificação a mesma função do tipo incriminador (como contributo para a individualização de um sentido material de ilicitude, ou de um tipo de ilícito global como o de ENGISCH)²⁵⁷ não dá relevância autónoma ao facto de por elas perpassar a articulação fundamental entre direitos e entre direitos e deveres, segundo os princípios retores do sistema (como a igualdade, a solidariedade, a autonomia ética e a dignidade da pessoa humana), independentemente e para além do problema criminal.

A doutrina dos tipos justificadores, de FIGUEIREDO DIAS, embora diversa na sua formulação da tradicional teoria dos elementos negativos do tipo, não pretende, na verdade, a autonomia essencial (valorativa) da justificação, apesar de reconhecer uma autonomia estrutural, na construção do crime²⁵⁸. Deste modo, ainda que seja acertado reconhecer a prioridade lógica da ilicitude relativamente ao tipo²⁵⁹, não é desejável fundir (sujeitando-os à mesma bitola de critérios e interesses) os tipos justificadores e o tipo incriminador²⁶⁰.

²⁵⁶ *O Problema...*, cit., pp. 93-97.

²⁵⁷ "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine Kritische Betrachtung zum Heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht", *text. cit.*, I, p. 404 e ss.

²⁵⁸ "Revoltando-se" contra um tal apagamento da justificação, nos sistemas de definição do crime, SCHMIDHÄUSER propõe, exactamente, uma função própria para ela, para além do papel de mera constatação negativa, no juízo de ilicitude. Cf. *text. cit.*, p. 88.

²⁵⁹ DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *O Problema...*, ob. cit., p. 95. Em *Direito Penal*, ob. cit., p. 385 e ss., FIGUEIREDO DIAS reconhece uma autonomia estrutural das causas de justificação e consequências na relação com o princípio da legalidade (proibição da analogia), diversas dos tipos incriminadores.

²⁶⁰ O que é, aliás, deixado em aberto por DIAS, J. DE FIGUEIREDO, em *O Problema...*, ob. cit., p. 95, nota 84, apesar de uma discordância de princípio com a teoria das normas permissivas.

O reconhecimento correto de que tipos incriminadores e justificadores contribuem para a definição de um concreto sentido da ilicitude (material) não esclarece se nos fins justificadores se apela a uma ponderação com as valorações de todo o Direito (como contra-valores relativamente ao tipo) ou só a uma ótica de eventual carência de dignidade punitiva. Por outras palavras, o modo como os tipos incriminadores e os justificadores concretizam o sentido da ilicitude é valorativa e funcionalmente diverso.

4. De acordo com as perspetivas teóricas anteriores, poderia parecer uma questão de mera preferência arbitrária a adoção de um certo modelo normativo para as causas de justificação. No entanto, as relações lógicas e funcionais entre as causas de justificação e o tipo incriminador não deixam de ser também uma construção, dependente do fundamento de cada uma e de todas as figuras justificativas²⁶¹, isto é das concretas causas de justificação identificáveis no sistema jurídico.

Antes de relacionar com o tipo incriminador qualquer figura justificativa, como a legítima defesa ou o direito de necessidade (considerando o seu fundamento e estrutura), importa ainda questionar, em geral, a possibilidade de uma justificação que não consubstancie, verdadeiramente, uma permissão absoluta, como tem vindo a ser defendido por alguma doutrina penal mais recente.

Na verdade, quer a perspetiva das normas que preveem causas de justificação através da regra-exceção quer a sua integração na teoria dos elementos negativos do tipo seriam mais aptas a enquadrar uma mera falta de dignidade punitiva de uma conduta – na medida em que o esquema lógico de ambas não é o de uma relação entre contraditórios (ou opostos como preto e branco), mas somente entre contrários como preto e não preto.

²⁶¹ Como, afinal, sugere TRIFFTERER, O., em "Zur subjektiven Seite der Tat-bestandausschliessungs – und Rechtfertigungsgründe", *text. cit.*, p. 214 e ss.

Também a possibilidade lógica de se definir a justificação como uma mera não proibição seria compreensível, atendendo à subsidiariedade do Direito Penal e ao princípio da necessidade da pena. Mas logo se tornaria questionável o efeito de vinculação de outros sujeitos jurídicos à intromissão na respetiva esfera jurídica por parte dos autores das condutas penalmente justificadas com aquele fundamento. A relação entre os sujeitos jurídicos derivada do preenchimento de uma proposição normativa contrária ou oposta à norma proibitiva – a norma permissiva – conduz, normalmente, a um efeito universal e à vinculação dos outros sujeitos a respeitarem a conduta permitida, segundo o binómio direito-dever, como acontece quando contra uma conduta em legítima defesa se impede uma outra legítima defesa.

Já, por outro lado, a conduta correspondente à factualidade prevista numa proposição normativa que esteja numa relação de contrários com a proibição – consubstanciando um não proibido – implicaria apenas a não violação da norma proibitiva, mas não se repercutiria relativamente aos atingidos em deveres de respeito pela conduta não proibida. Daqui resultaria, então, que os sujeitos passivos atingidos pelos efeitos lesivos de uma conduta meramente não proibida, assim entendida a causa de justificação, não teriam o dever de a suportar, mas, por outro lado, também não teriam verdadeiramente o direito de a evitar – impondo-se, igualmente, uma relação de contrários, entre as proposições normativas referentes às condutas realizadas por estes últimos sujeitos passivos de conduta não proibida e as relativas às condutas dos primeiros, agentes da conduta não proibida. Assim existiria uma relação entre “a” e “~ a” (não a), como, posteriormente, entre “~ a” (não a) e “~ ~ a” (não, não a)²⁶².

²⁶² Aplicando ao Direito estas distinções da lógica deontica, HOHFELD, W. NEWCOMB, *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning*, 1964, pp. 23-46. Analisando um sentido forte e outro fraco de permissão, von WRIGHT, em *Norm and Action: A Logical Enquiry*, 1963, p. 86. Note-se, no entanto, que,

5. Ora, assim sendo, chegar-se-ia a uma relação entre *não deveres* e *não direitos*, que, segundo uma velha tradição, criaria um espaço irregulamentável – um espaço livre do direito²⁶³. No entanto, é fácil perceber que a relação entre o não dever de respeitar a proibição de intervir na esfera jurídica alheia, para o sujeito ativo, e o não dever de suportar a intervenção na respetiva esfera jurídica do sujeito passivo – que seria o miolo das proposições lógicas “~ a” e “~ ~ a” – não esgota todo o campo de possibilidades de resolução do conflito.

Se, com efeito, variarmos o alcance da conduta interventiva, de modo que o *não dever* de respeitar a proibição de intervir na esfera jurídica alheia seja restringido a uma certa intensidade de afetação de direitos, não havendo, por exemplo, o dever de respeitar a propriedade alheia quando se trate de pequenas lesões, poderemos articular com um conjunto de *não proibições* certas *permissões fracas*, a que já correspondem deveres de suportar uma intervenção de menor intensidade, na esfera jurídica de um dos agentes.

A dificuldade de resolver com justiça e proporcionalidade a delimitação de direitos em conflito, em certas situações, através de permissões absolutas conduziria a uma ultrapassagem do problema, através de permissões relativas ou fracas. Deste modo, o sistema compensaria a sua rigidez e daria a resposta necessária à resolução daqueles problemas de delimitação de direitos.

para von WRIGHT, a permissão fraca não tem estatuto normativo autónomo, pois só sublinha a sua negatividade e não também o facto de poder representar uma autónoma ponderação de valores sujeita a uma norma.

²⁶³ Espaço livre do direito significaria aqui, no entanto, apenas os limites do Direito na solução de casos e não uma inadequação, de princípio, para a sua resolução. Para estas situações, na verdade, há conveniência de uma regulamentação jurídica e, nesse sentido, possuem uma total intra-juridicidade. Sobre os diversos sentidos da expressão “espaço livre do direito”, é fundamental ENGISCH, K., em “Der rechtsfreie Raum”, *ZStaatsW*, 108, 1952, p. 385 e ss.. Ver também KAUFMANN, A., “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung”, em *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, p. 327 e ss..

Outra solução seria a renúncia a considerar justificação ou permissão a mera não proibição. No entanto, isso vincularia o agente da conduta não proibida penalmente a sofrer a reação defensiva do outro agente não obrigado a suportar a intervenção na sua esfera jurídica. Mas esta solução não asseguraria uma distribuição equitativa da proteção jurídica entre os agentes em conflito.

Estes problemas foram analisados, como se verá, de forma concretizada e sem um direto apelo à lógica deontica, nas teses de GÜNTHER²⁶⁴ sobre a conceção de causas de justificação estritamente penais de que se dará conta no próximo ponto.

B – A perspectiva de uma exclusão da ilicitude estritamente penal. As teses de GÜNTHER. Crítica

1. GÜNTHER²⁶⁵ apresenta um raciocínio lógico-material, assente no valor político-criminal da exclusão da ilicitude (isto é, da sua funcionalidade, no sistema penal, independentemente da inserção no sistema jurídico, em geral). Enfim, a exclusão da ilicitude surge, neste autor, como problema especificamente penal e não como expressão da totalidade da Ordem Jurídica.

O pensamento de GÜNTHER sobre a exclusão da ilicitude assenta nas seguintes linhas de orientação:

²⁶⁴ GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983.

²⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 279 e ss.. Deve, mesmo assim, reconhecer-se que, para GÜNTHER, a autonomia das razões que levam à exclusão da ilicitude se dissolve, muitíssimo, na negação da dignidade punitiva. De qualquer forma, GÜNTHER apresenta a “exclusão da ilicitude estritamente penal” como mera redução do grau do ilícito e não como ausência do desvalor da ação ou do resultado (cf. p. 255, por exemplo).

- 1ª Existe uma ilicitude especificamente penal a par de uma ilicitude geral (no sentido da teoria do direito). Uma tal ilicitude não é definível pela mera contrariedade à norma ou ao dever, mas depende da adequação da pena à conduta²⁶⁶;
- 2ª A esta ilicitude não compete a distinção entre o lícito e o ilícito, em absoluto, como à ilicitude geral, cabendo-lhe somente, enquanto característica do facto punível, seleccionar os factos típicos que assumem efetiva relevância, na perspectiva dos fins do Direito Penal²⁶⁷;
- 3ª O princípio que exprime esta funcionalidade penal da ilicitude é o da adequação (de consagração constitucional)²⁶⁸;
- 4ª A exclusão da ilicitude, que, segundo a teoria penal tradicional é aferida pela ordem jurídica em geral deve ser repensada na ótica da negação de uma ilicitude estritamente penal; tal como o fundamento positivo da ilicitude penal é modelado teleologicamente, também é suficiente para a sua exclusão uma diminuição de importância lesiva do facto na perspectiva penal²⁶⁹;
- 5ª A ilicitude penal implica, deste modo, uma exclusão da ilicitude estritamente penal, como manifestação da ausência de especial gravidade de facto, segundo critérios penais;
- 6ª A exclusão da ilicitude deixa de significar permissão e acordo com ordem jurídica no seu conjunto para expressar, apenas, a falta de dignidade penal da ilicitude²⁷⁰;
- 7ª Daqui resulta que a exclusão da ilicitude penal não implica a sujeição dos ofendidos pelas condutas, persistindo o seu direito de defesa – configurando-se, assim, legítima defesa contra as causas de exclusão da ilicitude estritamente penais²⁷¹.

²⁶⁶ *Ob. cit.*, pp. 100-102, 119-131, 210 e ss., e 235 e ss..

²⁶⁷ *Ob. cit.*, pp. 83-86.

²⁶⁸ *Ob. cit.*, p. 199 e ss., e, sobretudo, p. 235 e ss..

²⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 253 e ss. (ver p. 255).

²⁷⁰ *Ob. cit.*, pp. 255-256.

²⁷¹ *Ob. cit.*, p. 324 e ss..

2. As teses de GÜNTHER acerca de causas de justificação estritamente penais põem em causa um critério identificador tradicional da aptidão de uma conduta para ser considerada causa de exclusão da ilicitude – a chamada prova da legítima defesa²⁷².

Segundo este critério quando uma conduta for justificada isso terá de significar como consequência que contra ela não pode ser validamente oposta qualquer defesa. Se *A* se defende de *B*, que o agride ilicitamente, podendo invocar a legítima defesa prevista no artigo 32º do Código Penal, não é oponível lícitamente a essa defesa uma resposta defensiva nem do agressor nem de terceiro relativamente ao agressor. E o mesmo se poderia dizer da posição do lesado perante o comportamento justificado por direito de necessidade.

Por exemplo, se uma pessoa, para levar um ferido ao hospital utiliza o carro de um terceiro sem a respetiva autorização ou até contra a sua vontade, não havendo qualquer possibilidade de uma alternativa de salvamento da vítima, o lesado (no seu direito de propriedade) não poderá opor legítima defesa nos termos do artigo 32º do Código Penal. Em suma, contra causa de justificação não é invocável legítima defesa.

O que torna esta regra plenamente aceitável e não contraditória com o respeito pelos direitos fundamentais é o facto de uma conduta só poder revelar merecimento justificador²⁷³, consubstanciando uma causa de exclusão de ilicitude, se a solução que oferecer para um conflito de valores revelar a predominância clara do valor salvaguardado em face do afetado. É essa predominância perante o Direito de um dos valores que impede uma oposição válida de qualquer outro agente.

²⁷² Sobre tal critério, cf., PALMA, F., *A Justificação por Legítima Defesa...*, 2ª ed., ob. cit., p. 747 e ss..

²⁷³ Expressão que não se refere a um merecimento meramente pessoal mas baseado no valor para o Direito da conduta.

Deste modo, a prova de legítima defesa é apenas o modo prático de indicar o merecimento justificador de uma conduta. Apesar de a exclusão de legítima defesa contra uma conduta justificada ser uma consequência da qualificação naqueles termos da conduta, a possibilidade dessa consequência pode ser encarada como uma antecipação da qualificação ou outorga do merecimento justificador a uma conduta. Perante a hipótese de um certo comportamento ser justificado, perguntar-se-ia como teste de confirmação se seria aceitável, em face dos valores do Direito, que todos os que pretendam opor-se àquela conduta fiquem impedidos de o fazer legitimamente. Nestes termos, a prova da legítima defesa torna-se um tópico argumentativo no reconhecimento de uma causa de justificação.

3. As teses de GÜNTHER desvalorizam a prova da legítima defesa, pois reconhecem causas de justificação que não podem ter esse efeito excludente de toda e qualquer defesa legítima, já que afastam a responsabilidade penal não por uma lógica de preponderância de um valor sobre um outro, mas em atenção a razões de necessidade e política criminal.

Para GÜNTHER, a mera degradação de intensidade do chamado desvalor da ação não acompanhada de uma diminuição essencial do desvalor do resultado pode conduzir à exclusão da ilicitude sem efetiva permissão²⁷⁴. Por exemplo, nas situações próximas

²⁷⁴ GÜNTHER não é, como se sabe, senão um continuador de uma tendência antiga da doutrina, segundo a qual se deveria reconhecer a autonomia do ilícito penal, de acordo com os seus fins punitivos. Essa tendência, manifestada em diversos contextos histórico-doutrinários, desde a fase pós-hegeliana, em que os autores se esforçaram por demonstrar que existiria um ilícito menos importante ao qual não seria inerente a culpa, como aconteceria no ilícito penal, viria a produzir tanto a concepção da ilicitude objetiva de JEHRING, relacionada com o ilícito não penal, como a contraposta explosão subjetivista no seio da doutrina penal (cf. FISCHER, H. A., sobre as origens da teoria de ilicitude objetiva, em *Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, reimp. 1966, pp. 117-140, e sobre a teoria subjetiva, FERNECK, H. VON, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1903, ob. cit., I, p. 270 e ss.). Também a crítica neoclássica ao sistema de VON LISZT-BELING, acentuaria a construção

ou análogas à legítima defesa, mas que não preenchem os seus requisitos, em que a causa de justificação prevista no artigo 32º não

teleológica do conceito de crime e do sistema de infração, através de, entre outros autores, RADBRUCH, G., “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, em *Festschrift für Frank zum 70. Geburtstag*, I, 1930, reed., 1969, p. 158 e ss., e ENGISCH, K., “Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine Kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht”, *ob. cit.*, I, p. 40 e ss.. No entanto, mesmo na última destas fases, não se pretendeu associar a exclusão da ilicitude à especificidade penal do ilícito, mantendo-se a inspiração de BINDING, de uma construção da ilicitude através da relação dos factos concretos não com os tipos legais incriminadores, mas com as normas formuladas fora do direito penal (*Die Normen und ihre Übertretung*, I, *ob. cit.*, p. 18). Mesmo a concepção de uma ilicitude material não quebraria esta referência da exclusão da ilicitude a toda a ordem jurídica e não romperia a unidade do ilícito, na medida em que a viabilidade das causas de justificação extra-legais ainda seria condicionada pelo carácter de permissão e consequente sujeição do atingido pela conduta justificada. O salto mais evidente para uma remodelação da exclusão da ilicitude, no direito penal, seria sistematicamente realizado por GÜNTHER, após um período de acentuação do desvalor da ação, na constituição do ilícito penal, e de uma constante preocupação político-criminal em extrair consequências da necessidade da pena para as categorias penais. Assim, causas de exclusão da ilicitude baseadas, fundamentalmente, na falta de desvalor de ação (como o consentimento presumido) ou em que se confundem os padrões da permissividade com a mera não proibição, abundam, em ordens jurídicas como a alemã. O passo em frente de GÜNTHER é, sobretudo, sistemático e de construção, aproveitando tendências indisciplinares existentes quanto às relações entre ilicitude penal e exclusão da ilicitude. Também as suas causas de justificação estritamente penais têm reminiscências belingianas, na medida em que BELING já distinguia entre ações permitidas e juridicamente neutras (*Die Lehre vom Verbrechen*, *ob. cit.*, p. 16), falando mesmo das “*schlichten Unrechtsausschliessungsgründe*”, isto é, das meras causas de exclusão do ilícito. E, a par desta origem, toda a insistência na valoração intermédia entre o proibido e o permitido, ou mesmo o espaço livre do direito, reflete, igualmente, o ponto de rutura de alguma doutrina alemã com a concepção da unidade do ilícito ou com a perspectiva da causa de justificação a partir do binómio permissão-sujeição. A construção de GÜNTHER, no entanto, não se confunde com a tridimensionalidade valorativa da doutrina do espaço livre do direito (veja-se ENGISCH, K.), também ela conducente a alguma vinculação dos atingidos por tais condutas à sua não proibição. Diferentemente, o autor em questão pretende manter-se dentro dos quadros tradicionais do sistema proibição-permissão, que, em si mesmo e genericamente, não altera. Ele completa, no entanto, o sistema com uma categoria com efeitos autónomos devido à diminuição do ilícito para aquém da relevância ou dignidade penal, sustentando, deste modo, a total desvinculação dos critérios penais relativamente aos dos outros ramos do direito.

poderia ser invocada, por não ter sido preenchido o pressuposto da atualidade da agressão, a dimensão preventiva da ação (e por isso instrumentalmente defensiva) compensaria até certo ponto o desvalor da lesão dos bens do agressor. No entanto a mera redução do desvalor da ação devido ao efeito preventivo alcançado não permitiria que a plenitude da dimensão dos efeitos da exclusão da ilicitude se verificasse. Deste modo, torna-se obrigatório reconhecer que contra tal exclusão da ilicitude *sui generis* por legítima defesa preventiva seria sempre oponível com legitimidade uma conduta defensiva, na medida em que subsistiria o ilícito geral de uma agressão plenamente justificada.

É verdadeiramente aceitável esta tese que, em última análise, admite causa de justificação contra outra causa de justificação?

A tese de GÜNTHER²⁷⁵ tem uma dificuldade fundamental numa perspetiva material, a de se situar num plano de pura redução (de tipo aritmético) do desvalor da ação para poder admitir uma justificação enfraquecida, sem formular qualquer critério de justiça material a partir do qual seja visível que ainda pode ter lugar a pretensão de se falar de uma conduta justificada e não meramente desculpada numa ordem jurídica baseada em princípios fundamentais de igualdade de posições jurídicas e consequente atribuição de responsabilidades.

Com efeito, a justificação num sentido forte pressupõe uma prevalência de um valor sobre o outro, que uma conduta seja justificada apenas quando o Direito a reconhecer como compensadora em nome de alguma superioridade do valor que produz. É nítida essa lógica no direito de necessidade previsto no artigo 34º do Código Penal, em que se prevêem a sensível superioridade do interesse preservado relativamente ao lesado e o facto de ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse.

²⁷⁵ GÜNTHER, H. L., *ob. cit.*, p. 359.

Sendo a referida justificação estritamente penal uma justificação enfraquecida, não pode ainda, todavia, contradizer em absoluto a justificação forte abstraindo da lógica do merecimento justificador. De algum modo, há de conter ainda traços de uma lógica de justificação. Se não se apoia em valores predominantes na relação com os sacrificados, tem, pelo menos, de exprimir interesses ou valores atendíveis numa certa medida.

GÜNTHER baseia-se apenas numa mera afetação da ilicitude penal sem qualquer caracterização pelo valor da defesa de interesses próprios ou da reação defensiva. Mas com essa perspectiva erige em valor juridicamente relevante a defesa de interesses próprios sem mais, não demonstrando como é que a partir daí consegue justificar uma redução do desvalor da ação e do desvalor do resultado.

Representando o desvalor da ação e o desvalor do resultado o caráter desvalioso da contradição com a norma (quer na ação quer no resultado), também a lesão de bens alheios, em defesa dos próprios, se não assumir relevância objetiva geral, conferida pela coincidência com um princípio da mesma natureza do que subjaz à proibição, não poderá diminuir o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

Na justificação fraca, terá de estar sempre pressuposto, como se referiu, uma posição jurídica relevante e digna de proteção, uma espécie de alteração da igualdade inicial entre as posições jurídicas relativas de todos os intervenientes, de modo que aquele que, sem ter a seu favor um valor absolutamente prevalecente, ainda assim poderá desfrutar de um argumento relevante para uma espécie de função distribuidora de proteção jurídica de todos que cabe à ordem jurídica assegurar.

Como GÜNTHER apenas se baseia numa ideia de tipo quantitativo sobre a redução do desvalor sem um critério substancial, chega a resultados de justificação em casos em que a pura proteção de interesses não tem dignidade suficiente, como acontece no conflito de deveres entre ações e omissões, em que o autor admite justificação penal.

Assim, por exemplo, se *A* para salvar *B* desliga o aparelho que mantém *C* vivo, apenas transpõe para *C* o mal que *B* deveria sofrer, resultante da falta de apoio do aparelho. Neste caso, a transposição para outrem do mal que recai sobre o agente não pode exprimir qualquer diminuição do desvalor da ação, mas apenas, quando muito, se existir alguma motivação relevante, poderá ter expressão no domínio de uma diminuição da culpa.

Diferentemente, no caso de dois alpinistas presos por uma corda em que os dois ficam presos entre si, não podendo salvar-se ambos, e em que só um deles se salvará cortando a corda que o liga ao outro, a justificação estritamente penal tem alguma possibilidade de ser invocada. O que está nesse caso em questão não é, no entanto, apenas o interesse na proteção da vida, mas uma lógica de igual distribuição dos custos na vivência social e de um perigo objetivo criado por outrem. No entanto, só terá cabimento uma questão de atenuação da culpa ou desculpa no caso dos naufragos que, para sobreviverem, praticam um ato de canibalismo sobre um marinheiro moribundo, como aconteceu no famoso caso Mignonette²⁷⁶. Nesse caso, todos são igualmente vítimas do destino e, por isso, não podem proteger-se à custa uns dos outros.

Em suma, a diminuição do desvalor da ação e do resultado pressupõe que a contradição com a norma seja menos acentuada, em função de uma posição jurídica que, embora não represente uma prevalência do valor protegido sobre o ameaçado, representa ainda assim um ligeiro fortalecimento da posição relativa do agente que protege um bem perante o Direito.

²⁷⁶ Trata-se do caso, no século XIX, em que um navio chamado Mignonette naufragou, sendo o homicídio e o ato de canibalismo de um jovem marinheiro julgado e punido pelos tribunais ingleses. Cf. sobre tais casos o meu livro, *O Princípio da Desculpa*, ob. cit., p. 146 (notas 10 e 11).

C – Sistema penal bidimensional ou pluridimensional: a relação entre a exclusão da dignidade punitiva e a função da prova da legítima defesa

A chamada prova de legítima defesa, utilizada pela doutrina tradicional como critério da identificação de uma causa de justificação consiste, como se referiu, na verificação se contra a conduta a qualificar como causa de justificação tem cabimento excluir a legítima defesa. Se não tem, então a primeira conduta não pode ser justificada. Nas “causas de exclusão da ilicitude estritamente penais” é, diversamente, a impossibilidade de retirar à vítima da conduta justificada o poder de repelir a intromissão na sua esfera jurídica, conjugada com a minimização da dignidade punitiva de tal conduta, que identifica a justificação daquela conduta defensiva independentemente de a primeira continuar a estar justificada²⁷⁷.

A possibilidade de a exclusão da ilicitude penal de uma conduta subsistir, conjuntamente com a legítima defesa do sujeito passivo pressuporia que a ausência de desvalor, para o Direito Penal, não afetaria as posições jurídicas definidas pela ordem jurídica em geral. Partir-se-ia do princípio de que o Estado (ou a sociedade), ao relacionar-se com os sujeitos para fins penais, não desencadearia efeitos jurídicos gerais (ou extra-penais): a relação penal apenas funcionaria para responder ao crime e ao seu agente.

A unidimensionalidade do sistema penal não é, no entanto, senão um artifício lógico. O Direito Penal responde ao crime para satisfazer uma organização da sociedade e é, por isso, um subsistema social. Os seus fins respeitam, diretamente, à organização da sociedade. Assim, a aplicação da pena tem efeitos sobre o delinquente, mas também sobre a sociedade, como reparação dos danos do crime. E a incriminação realiza diretamente fins preventivos, que

interferem na interação social, criando um sistema geral de inibições e expectativas de ação²⁷⁸. Também a eventual relevância de uma “ilicitude estritamente penal” não pode deixar de produzir efeitos a este nível geral, a não ser que aquela categoria apenas pretenda exprimir a inadequação da pena ao agente, em atenção aos motivos da conduta, isto é, a um aspeto da culpa. Mas nesse caso ultrapassámos a problemática da justificação no sentido material.

A um sistema pluridimensional, compreendendo não só a relação do agente com o Estado, mas do Estado e do agente com todos os sujeitos jurídicos, inere uma exclusão da ilicitude apta a definir efeitos gerais. Deste modo, se uma conduta que realiza valores iguais aos que lesa não tem relevância punitiva, isso significa, necessariamente, que ela não afeta a sociedade do modo negativo pressuposto na conduta típica. E, consequentemente, deixa de existir qualquer razão para admitir, contra essa conduta, uma legítima defesa com amplitude da que é consagrada no artigo 32º do Código Penal.

A prova de legítima defesa²⁷⁹ tem um papel sistemático nuclear, devido à pluridimensionalidade de relações e de efeitos. Ela expressa a necessidade de o sistema regular, a partir da justificação de uma conduta, uma área de interação social, inibindo ou estimulando comportamentos. Mas tal necessidade é compatível com o facto de que a atribuição da qualidade de justificada a uma conduta proceda fundamentalmente do não desvalor ou da ausência de interesse em punir, segundo o princípio da necessidade da pena.

Em conclusão, a aceitação de um sistema de justificação estritamente penal, a par de um sistema de exclusão de ilicitude geral, em que contra a conduta justificada fosse oponível legítima

²⁷⁸ Assim, JAKOBS, G., *ob. cit.*, p. 26 e ss..

²⁷⁹ Sobre esta prova, cf. PALMA, F., *A Justificação por Legítima Defesa*, *ob. cit.*, 2º vol., p. 724 e ss..

defesa sem limites, não se atribuindo qualquer relevância para terceiros à conduta justificada nem sequer afetando os termos e condições da defesa contra essas condutas, confundiria nos seus efeitos a justificação com a mera desculpa e suscitaria uma tensão na distribuição da proteção jurídica entre os agentes com posições contrapostas.

A aceitação de uma justificação forte e de uma justificação fraca só é concebível enquanto ambas produzirem efeitos perante terceiros, embora de diferente intensidade na justificação forte e na justificação fraca.

§ 9º – Justificação em Direito Penal: o sentido material da exclusão da ilicitude e sua distinção da exclusão da culpa. Conceitos de justificação

A – A investigação de um sentido material de justificação em Direito Penal, a partir da linguagem da ação, da linguagem da moral e do pensamento jurídico²⁸⁰

1. Para além de uma análise lógico-normativa, impõe-se uma abordagem do tema da justificação como um tema da linguagem da moral e dos valores. Justificar uma ação humana é um juízo complexo, que interrelaciona a lógica, a moral e a ação social. Justificar em Direito começa por ser, tal como todo o justificar, um ato linguístico que consiste em apresentar razões para um comportamento, dando resposta a uma pergunta de *porquê*.

Mas, nessa aceção, justificar pode significar a concordância de um ato com um bem num sentido subjetivo ou num sentido objetivo. Assim, perguntar por que faço *x* pode ter respostas tais como porque eu gosto de fazê-lo (sentido subjetivo) ou porque é bom fazê-lo (sentido objetivo)²⁸¹. Esta última resposta de teor objetivo corresponde a uma espécie de função de verdade, na medida em que seja possível demonstrar porque é bom fazer algo²⁸².

Nesta última perspetiva, a justificação não deixa de ser relativa, pois, na demonstração subsequente sobre a bondade de algo, não é possível deixar de admitir certos pressupostos, que determinam uma espécie de regras de definição desse tipo de valor. Assim, será *bom* aquilo que está em conformidade com essas regras, que podem variar conforme o gosto ou o objetivo.

²⁸⁰ Esta parte das lições segue de perto o meu texto “Princípios justificadores e causas de justificação supra-legais”.

²⁸¹ Identificando os diversos sentidos de justificação numa perspetiva de filosofia analítica, TUGENDATH, E., em *Vorlesung zur Einführung in die Sprachanalytische Philosophie*, ob. cit., p. 115 e ss..

²⁸² TUGENDATH, E., ob. cit., p. 116.

Em sentido moral, justificar é algo que está manifestamente para além da primeira ideia abordada e que não se identifica, meramente, com a segunda. Com efeito, a aceção subjetivista de justificar é uma aceção que não implica nada sobre o valor intrínseco de um ato, e a segunda tende a ser meramente convencional. A pretensão da moral é, diferentemente, conseguir uma fundamentação para um ato semelhante, na sua função, à que permite distinguir o verdadeiro do falso. A moral pretende atingir um valor intrínseco de um ato.

Todavia, a justificação na linguagem da moral sofre, igualmente, a atração do objetivo específico da responsabilização. Assim, justificar não corresponde, necessariamente, a uma conclusão lógica sobre se um ato é bom, mas deve satisfazer a necessidade de uma correta fundamentação de um juízo de exclusão da responsabilidade. À adequação de um ato à sua qualidade de bom acresce, assim, uma questão de razão prática visando a resposta a um problema de responsabilidade²⁸³.

A teoria moral da justificação tende, mesmo, a fazer preceder um momento lógico (e estático) sobre o valor das ações humanas a um momento prático e dinâmico sobre os efeitos de um tal valor. Este último momento conduz à elaboração de um raciocínio prático em que se decide se alguém merece uma certa sanção.

2. Um tal raciocínio é particularmente relevante na justificação jurídica. Com efeito, as consequências práticas do desvalor de uma ação para o Direito levaram a uma distinção crucial, na teoria da justificação – a distinção entre ilicitude e culpa, formulada por JHERING²⁸⁴. Para dar resposta ao problema sugerido pela necessidade

²⁸³ Neste ponto já se ultrapassa TUGENDHAT, seguindo-se a perspectiva jurídica do problema.

²⁸⁴ Em *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, p. 4 e ss. Sobre isto, veja-se a exegese de FISCHER, H. A., em *Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, ob. cit., p. 110 e ss..

de reconhecer o direito do proprietário contra o possuidor de boa fê, JHERING estabeleceu a distinção entre a ilicitude objetiva e a culpa, demonstrando que a primeira poderia existir na ausência da segunda, fundamentando, por si, o direito do proprietário contra o mero possuidor não culposo.

A distinção entre justificação e desculpa em Direito seria a decorrência, pela negativa, daquela distinção entre ilicitude e culpa, servindo, igualmente, a fundamentação de uma distribuição racional do prejuízo entre os agentes sociais, de acordo com uma identificação da esfera de cada sujeito. A ilicitude e a sua exclusão cumpriram apenas essa função distribuidora e delimitativa de responsabilidade, reservando-se para a culpa e respetiva exclusão o papel de assinalar uma responsabilidade de natureza mais personalizada. A ilicitude, na sua autonomia, surgiria, no entanto, apenas como o fundamento de uma forma quase técnica, ou menos eticizada, de responsabilidade, apenas adequada ao Direito Civil.

A distinção entre ilicitude e culpa no pensamento desenvolvido por JHERING, a partir da tradição hegeliana²⁸⁵, encontraria, no seio do Direito Penal, um outro tipo de repercussão, de modo que a exclusão da ilicitude e a exclusão da culpa passariam a ser entendidas no Direito Penal apenas como graus diferentes de exclusão do mesmo tipo de responsabilidade ou como formas diversas de levantamento da responsabilidade criminal²⁸⁶ e não como expressão de diferentes formas de responsabilidade.

²⁸⁵ Com efeito, a perspectiva de JHERING somente se torna concebível a partir da distinção de HEGEL entre o ilícito penal e o civil, mantendo JHERING a fusão entre ilicitude e culpa no seio do ilícito penal (Assim MERKEL, A., em *Kriminalistische Abhandlung*, I, 1867, p. 4 e ss.). A generalização da ilicitude objetiva ao ilícito penal foi optada pelos penalistas anti-subjetivistas e imperativistas, como sobretudo, MEZGER, E., em “Die subjektiven Unrechtselemente”, em *G.S.*, 89 (1924), p. 207 e ss.. Sobre isto, veja-se, igualmente, ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 17-54.

²⁸⁶ A extensão da distinção entre ilicitude e culpa à própria exclusão de uma e outra não parece ter surgido como pura decorrência lógica. Terá resultado, antes, da

A diferença entre a exclusão da ilicitude, nesta inserção e na anterior, resulta de se ter evoluído de uma autonomização baseada na especificidade de formas de responsabilidade para a admissão, quanto à mesma forma de responsabilidade, de momentos distintos e de diferentes problemas de afastamento da responsabilidade.

A descoberta da existência de uma possibilidade de fundamentar a exclusão da responsabilidade através de razões de natureza diversa, atingindo aspetos diferentes do valor do ato e do agente é, pois, uma invenção jurídica (diferente da ilicitude objetiva atribuída a JHERING) e introduz uma distinção subtil que se revela até como uma contribuição do pensamento jurídico para a Ética. Na verdade, tal distinção apura um duplo sentido moral da palavra justificar, como AUSTIN propõe²⁸⁷: o da retidão de uma ação, isto é, do seu acordo fundamental com os valores que permitem vir a considerá-la boa, apesar de possuir uma primeira aparência de má; e o da possibilidade de rutura entre o desvalor objetivo da ação e a pessoa do agente, que não deve responder por ela.

sedimentação de antigas distinções entre causas de exclusão da responsabilidade. O processo de sistematização que levou à distinção entre exclusão da ilicitude e da culpa não foi, assim, um processo de pensamento sistemático puro, mas uma decorrência da elaboração doutrinária das concretas causas de justificação e de exclusão da culpa. Em VON HIPPEL, por exemplo, como nota JIMENEZ DE ASÍA, existia a distinção entre causas de exclusão da culpa e da ilicitude, mas sem o conteúdo atual. A consciência de uma distinção entre causas de exclusão da responsabilidade emergiu, naturalmente, da distinção entre situações de exercício de um direito e outras apenas relacionadas com o agente, nomeadamente com a sua capacidade de culpa. A abstração do conceito de ilicitude elaborado, primeiramente, pela teoria da ilicitude objetiva permitira, no entanto, pela articulação entre a fundamentação e a exclusão da ilicitude, que este último conceito oferece, mais possibilidades do que o conteúdo das figuras institucionalmente constituídas. Segundo a abstração lógica possível, a exclusão da ilicitude poderá significar a ausência de desvalor de um facto, perante a ordem jurídica. A lógica concetual tem, assim, uma dinâmica constitutiva de causas de justificação. Segundo essa lógica, distinguem-se razões de ilicitude (todas as relacionadas com o valor de um facto, independentemente do exercício de um direito) e razões de culpa, como fonte de exclusão da responsabilidade criminal.

²⁸⁷ "A Plea for Excuses", em *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 57, 1956-1957, pp. 10-11.

Se foi a teoria jurídica que formalizou a distinção, hoje consagrada, entre ilicitude e culpa, apelando para uma problemática ética, até aí sem meio concetual de se expressar, ou se uma tal teoria somente se veio apropriar de uma distinção natural, no pensamento ético, é uma pergunta interessante cuja resposta tem implicação no conceito jurídico de justificação²⁸⁸.

Com efeito, a dúvida que se coloca é saber se é possível distinguir as duas espécies de situações, de modo que o valor de uma ação se venha a autonomizar, absolutamente, do valor do seu autor ao realizá-la. Encarando as situações de inimizabilidade, por menoridade ou anomalia psíquica (artigos 19º e 20º do Código Penal) ainda aí surge a questão sobre se o desacordo da ação com os valores não ferirá inevitavelmente o autor ou, numa perspectiva inversa, sobre se a impossibilidade de apreciar o valor do agente, dada a incapacidade de culpa, não anulará, absolutamente, a mesma possibilidade em relação à sua ação.

²⁸⁸ A pergunta tem sentido, dada a persistente negação, no universo jurídico anglo-saxónico, de tal distinção. Sobre aquele problema, veja-se HALL, J., em *Principles of Criminal Law*, 1947, p. 27 e ss., em que se constata que a distinção não é relevante senão processualmente, não tendo verdadeiros efeitos substantivos; mas WILLIAMS, G., *Criminal Law, The General Part*, 2ª ed., 1961, p. 722 e ss., parece admitir o valor substantivo da distinção, nomeadamente para o efeito de excluir a oposição de legítima defesa. Também, FLETCHER, G. P., atribui valor prático e teórico à distinção, na *Common Law* (The "Right and the Reasonable", em *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, 1987, p. 76 e ss.), discutindo com uma série de autores americanos que a não consideram. Para FLETCHER, a distinção é apenas a consequência da ordenação racional do sistema, que designa como ordem de W/R (wrong/responsibility), em que, por força do conceito de desculpa e do sentido retributivo das sanções, se estabelece a prioridade do desvalor do facto, enquanto sob uma outra racionalidade, se admite uma indiferenciação da ordem (flat legal reasoning). Nesse caso, a única preocupação do sistema é decidir, globalmente, se um certo comportamento é uma resposta razoável a um certo conflito de interesses ou agressão: «The standart "what would a reasonable person do under the circumstances?" sweeps within one inquiry questions that would otherwise be distinguished as bearing on wrongfulness or on blameworthiness (p. 89).»

A distinção entre o desvalor da ação que caracteriza o ilícito e o desvalor da pessoa, a que se refere a culpa, não é uma via racionalmente indiscutível e tende a mostrar-se menos necessária onde não surgir legitimada pela aplicação das penas. Deste modo se compreende que KANT não tenha admitido que a hoje designada exclusão de culpa seja uma verdadeira categoria ética²⁸⁹. Ela somente consubstanciaria, para ele, uma questão político-criminal, a da impunidade – isto é, a da decisão prática de punir baseada no efeito real das penas.

A linha ética que primeiro viria a reconhecer uma outra categoria de justificação, mais próxima de uma exclusão da culpa autonomizada, foi aquela que admitiu a impossibilidade de julgar certas ações enquanto reconhecimento de um espaço livre de valorização, neutro, onde deve cessar, por inadequada, a intromissão de todo o julgamento ético.

A *Exemptionstheorie* de FICHTE parece ter revelado esse mesmo teor²⁹⁰ ao postular para o caso da Tábua de Carneades, em que os naufragos não poderiam sobreviver todos numa jangada, que o fundamento da não condenação de qualquer dos naufragos que empurrasse um outro não seria, como pretendia KANT, a falta de eficácia motivadora da pena, mas sim a simultânea inexistência de um direito de exigir o sacrifício de uma outra vida, naquelas circunstâncias. Nesta colocação fichtiana do problema, a justificação ética é profundamente atraída pelos valores jurídicos, revelando que é no *Contrato Social*, como acordo ideal para a realização recíproca de direitos, que reside o sedimento da legitimidade de toda a apreciação valorativa de uma ação²⁹¹.

²⁸⁹ KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1ª ed., 1775, v. 1, p. 343.

²⁹⁰ FICHTE, J., *Nachgelassene Werke*, 1834/35, reimp., 1971, p. 253. Sobre a diferente colocação do problema em KANT e FICHTE, ZACZYK, R., em *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, 1981, p. 92 e ss..

²⁹¹ Cf. FICHTE, ob. cit., loc. cit., e ZACZYK, cit., p. 96.

Em todo o caso, por esta via, não se atingiria, inevitavelmente, uma exclusão da culpa referida à pessoa, baseada em critérios absolutamente diversos da exclusão da ilicitude referida à ação. De facto, abrir-se-ia uma nova perspectiva na própria valorização da ação – ou seja, submeter-se-ia, constantemente, às bases legitimadoras do sistema jurídico, a lógica do contrato social, a definição do valor negativo de uma ação, quer no plano da ilicitude quer no da culpa.

Assim, também a incapacidade de o agente se determinar pela norma, característica da exclusão da culpa, seria, afinal, assimilável à ausência de um desvalor baseada no *Contrato*.

Com esta subordinação explícita da valorização da ação à legitimidade sistemática, a distinção entre o valor da ação e o desvalor do agente fragiliza-se²⁹². Por outras palavras e simplificando, se tanto na ilicitude como na culpa estiver em causa o desvalor de uma ação de acordo com uma lógica de violação do contrato social, a ilicitude e a culpa perderiam autonomia uma em relação à outra. A teoria penal clássica, porém, não atentando a todo o significado da inovação fichtiana, manteve uma distinção purificada entre o valor da ação e o do agente, através da diferenciação entre exclusão da ilicitude e da culpa. Mesmo o finalismo apenas modificou o conteúdo das categorias em causa incluindo no valor da ação a respetiva finalidade e não apenas o seu significado causal e social²⁹³.

²⁹² Note-se que GÜNTHER, K., em *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 244 e ss., propõe uma visão diferenciadora entre a exclusão da ilicitude e a da culpa orientada pela ideia de que a culpa pressupõe a capacidade de o agente se distanciar criticamente da norma e seguir a norma através de um processo pessoal deliberativo, sendo a possibilidade de participação democrática condição desta capacidade. No entanto esta perspectiva, que apela para a condição de cidadão e refere o Direito Penal à democracia participativa, não identifica a questão da culpa com a não aceitação do “contrato” ou “compromisso de cidadania”, mas sim com a possibilidade de deliberar como pessoa se adaptar na situação concreta os valores democraticamente definidos.

²⁹³ Assim, ZIELINSKI, D., ob. cit., p. 17 e ss..

Mas corresponderá esta distinção a uma espécie de imperativo da razão, que fará da justificação um conceito lógico e ontologicamente distinto da exclusão da culpa, tornando necessariamente diferenciados os juízos respeitantes às duas categorias?

A resposta passa pela análise do efeito da ausência de uma distinção entre exclusão da ilicitude e exclusão da culpa. Quais as consequências da supressão da distinção entre uma definição universal de valor e uma definição relativa, adequada a um determinado fim definido pelo sistema?

Mesmo no seio de um sistema que a não teorize, é conveniente uma distinção entre uma “justificação”, que corresponde ao exercício de um direito inatacável, e um afastamento da responsabilidade que apenas liberta o agente do juízo de censura da norma sem acarretar implicações na regulamentação do comportamento de outros agentes.

A distinção entre formas de justificação, como atrás na análise crítica das teses de GÜNTHER se referiu, a distinção entre uma justificação forte e uma justificação fraca²⁹⁴ bem como entre justificação e desculpa tem, por isso, uma sedimentação racional e ética pré-jurídica, valendo em todos os sistemas normativos que acolham a distinção entre o valor plurisubjetivo de um ato e o seu valor intranormativo. É uma exigência racional profunda, relacionada com os fins primários de coesão intersubjetiva dos destinatários do sistema jurídico.

3. Qual o sentido do justificar ético que deve, então, prevalecer juridicamente?

Em que se torna esta categoria, afinal, próxima do valor de verdade de algo, apesar da atração referida pelo fim sistemático responsabilizador? Como pode ela juridicamente exprimir uma qualidade valiosa ou de *bem*, equivalente, noutra área, ao *ser verdadeiro*?

²⁹⁴ Cf. sobre esta caracterização de graus ou formas de justificação, PALMA, F. *O Princípio da Desculpa*, ob. cit., p. 150 e ss..

Não será, por certo, realizando particularmente valores perfilhados pelo sistema, sem adotar qualquer dimensão universal. Assim, a salvaguarda da vida à custa de outras vidas nunca é admissível. A dimensão ética essencial ao sistema é universalista, supõe a igual realização dos valores em todos os sujeitos jurídicos.

O valor formalmente equivalente ao ser verdadeiro em absoluto, ou em geral, é a garantia de igualdade na proteção jurídica. Não há realização de valor no Direito aplicável universalmente sem aquela garantia.

4. Mas, se justificar, juridicamente, corresponde à procura de adequação de um ato a um certo bem com validade intersubjetiva plena, não lesivo da igualdade, isso não limitará profundamente a justificação? Isto é, não obtivemos a distinção entre uma justificação-valor, plenamente distinta de uma mera desculpa, à custa de uma inadmissível restrição do que pode assumir aquele caráter?

A realização universal de valor de acordo com a igualdade não existe no espaço livre do direito, no entanto, não poderá falar-se nesse âmbito de justificação?

Com efeito, as condições de definição do valor de um ato não poderão deixar de integrar aquelas condições que revelam um equilíbrio tal das posições jurídicas entre os agentes sociais, que se torna impossível simultaneamente exigir de alguém o sacrifício de um bem e a outrem negar a realização de um outro bem.

É verdade que no exemplo de CARNEADES não se atinge a linguagem universal da justificação, pois, CARNEADES considerava apenas dois naufragos em absoluta igualdade de posições. Nem a um nem a outro poderia ser pedido o sacrifício da vida. Nenhum tinha o direito de sacrificar a vida alheia.

Mas não é impensável, noutro tipo de situações, que se verifique uma necessidade inultrapassável de atuar, lesando bens alheios, sem violar a igualdade das posições jurídicas. Essa perspectiva surge, aliás, já no direito de necessidade, em que apesar de a justificação se basear na superioridade do valor salvaguardado relativamente

ao lesado, depende de ser razoável exigir ao lesado o sacrifício do seu bem em face da sua natureza, dando-se assim direito de legítima defesa ao lesado, apesar da superioridade do bem do necessitado. A igualdade das posições jurídicas depende, assim, ainda de outros princípios, para além de uma utilitarista ponderação de interesses.

A procura do sentido concreto da justificação, que perpassa o Direito Penal, deve tentar encontrar fontes e critérios de definição universal de valor, isto é, de definição do valor de um ato intersubjetivamente possível, de acordo com a igualdade entre os sujeitos jurídicos, sem utilizar critérios quantitativos, apenas relacionados com os bens, mas integrando perspetivas de igualdade perante a Ordem Jurídica de acordo com o valor de posição de cada sujeito.

B – As fontes da justificação. A aquisição de princípios gerais de justificação que definam a justificação em sentido material. A interpretação do artigo 31º do Código Penal

1. O pensamento jurídico tem veiculado o sentido fundamental da justificação através da formulação de ideias jurídicas – os princípios.

A referência do sentido da justificação em Direito Penal a princípios pretende obter critérios gerais de definição do valor das ações.

Não é indiscutível, no entanto, que os princípios jurídicos desempenhem algum papel na identificação da génese, conteúdo e limites das causas de justificação relevantes no Direito Penal, nem que existam princípios justificadores, propriamente ditos, pelos quais se manifeste um conteúdo material da justificação no Direito Penal.

Há, na verdade, visões positivistas que negam a relevância dos princípios na definição do conteúdo das causas de justificação.

A discussão acerca do efetivo papel dos princípios como fonte de causas de justificação, parte, desde logo, da constatação de que a exclusão da responsabilidade devido à justificação do facto (ou à exclusão da ilicitude) pode ter, na Lei, uma solução mais positivista e outra mais ligada a ideias jurídicas materiais. A solução positivista associa-se à indicação legal taxativa de causas de justificação (como foi entendido, durante bastante tempo, pela doutrina do Código Penal Francês²⁹⁵ e como parecia resultar dos artigos 29º, nº 7, e 52º do Código Penal de 1886²⁹⁶). Diversamente, a solução mais substancialista parte da aceitação de que a instância genética das causas de justificação é a Ordem Jurídica no seu conjunto. Neste caso, as causas de justificação relevantes no Direito Penal podem tanto provir de uma norma de um outro ramo do Direito como de qualquer fonte de direito admissível na Ordem Jurídica, dando-se nesse caso maior relevância aos princípios.

A solução de taxatividade das causas de justificação conduz, naturalmente, à proibição da analogia quanto às causas de justificação²⁹⁷, se não é preferida pela produção desse mesmo efeito. Duas razões parecem justificá-la: uma razão de método e uma razão valorativa.

A razão de método assenta na consideração de que a melhor forma de expor o Direito, com vista à sua aplicação, é descrever conjuntamente factos proibidos e factos justificados²⁹⁸.

²⁹⁵ Acerca da legalidade das dirimentes no Direito Penal francês, vejam-se CHAUVEAU, A./HÉLIE, F., sobre o artigo 65º do Code Pénal, em *Théorie du Code Penal*, I, 3.ª ed., 1852, p. 497 e ss., e MERLE, R./VITU, A., *Traité de Droit Criminel*, I, 5ª ed., 1984, p. 508.

²⁹⁶ Cf. FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português*, I, cit., p. 278.

²⁹⁷ FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *id.*, *ibid.*

²⁹⁸ É essa perspetiva de método que subjaz a uma doutrina das circunstâncias, tal como a consagrada no Código de 1852. A associação entre este método e a taxatividade das dirimentes é, assim, natural: “Como circunstâncias do facto, as causas de justificação carecem de ser previstas na lei e não são suscetíveis de aplicação analógica” (FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *ob. cit.*, *loc. cit.*).

A razão valorativa é, em primeiro lugar, uma razão de eficácia jurídica, porque a indefinição latente das causas de justificação afetaria a clareza e a firmeza requeridas no esclarecimento do que é proibido (o valor preventivo-geral do Direito Penal); em segundo lugar, é uma razão de segurança jurídica, porque, sem um tal método, estaria afetado o valor perante a lei penal das condutas dos outros agentes, contra os quais o facto justificado se dirigiria.

A solução da formação das causas de justificação a partir de uma fonte genética como a Ordem Jurídica, conduz, por seu lado, à expansão constante das causas de justificação, à admissão da analogia *legis*, da analogia *juris* e, como se referiu, à abertura a fontes supra-legais de justificação. O seu fundamento é também a preferência por um certo método de expor o Direito, a par de razões valorativas.

Quanto ao método, esta solução parte do entendimento de que o Direito se expõe através de normas, normas proibitivas e normas permissivas, ou formulando as normas proibitivas e as suas condições de aplicação²⁹⁹⁻³⁰⁰.

Nas razões valorativas que subjazem a esta via, sobressai um ideário de realização da Justiça para além da solução legal exposta, numa clara dissociação entre Lei e Direito³⁰¹. Há, também, uma sobreposição à eficácia e segurança jurídicas da preservação do grande espaço do permitido ou apenas do não proibido³⁰². E,

²⁹⁹ Referindo a contraposição metodológica entre esta via e a primeira, FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *ob. cit.*, I, pp. 276-279.

³⁰⁰ Não coincidindo a estrutura normativa com o preceito legal, como na distinção de BINDING entre norma e lei penal – BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, *ob. cit.*, 1927.

³⁰¹ Essa dissociação, sempre propugnada por uma tendência antipositivista do pensamento jurídico, foi reafirmada e renovada por DWORKIN, R., em *Law's Empire*, 1986.

³⁰² A admissão de normas permissivas com autonomia, e não como mera derivação dos imperativos jurídicos, é, claramente, um sintoma de criação de liberdade (ou desenvolvimento das liberdades) pelo Direito. Cf. ENGISCH, K., em *Introdução ao Pensamento Jurídico*, *ob. cit.*; p. 14 e ss.. Por outro lado,

do ponto de vista do problema penal, há ainda o programa de uma constante legitimação material (em conteúdos de valor) da ilicitude, na aplicação do Direito ao caso concreto: não sendo, pois, de considerar ilícito um comportamento, se não manifestar o desvalor necessário e suficiente relativamente aos valores do Direito³⁰³.

O recurso aos princípios jurídicos é sobretudo pertinente nesta construção das causas de justificação a partir da Ordem Jurídica.

2. No artigo 31º, nº 1, do Código Penal, prefere-se a solução de génese na Ordem Jurídica das causas de justificação através de uma cláusula geral que indica a Ordem Jurídica no seu conjunto como fonte de causas de justificação.

Existiu, no entanto, uma discussão na doutrina portuguesa sobre o sentido exato desta referência à Ordem Jurídica no seu conjunto. Na regulação de idêntica matéria no projeto Eduardo Correia de 1963 previa-se, no artigo 34º, que “não há facto punível quando a sua ilicitude é excluída pelo direito considerado na sua totalidade”, colocando-se, na proposta de redação, a seguir à palavra “direito”, entre parênteses, “ordem jurídica”. Conforme resultaria da discussão verificada, pretendia admitir-se a relevância justificativa de normas emanadas das ordens jurídicas parcelares, relevantes num certo momento histórico, numa referência clara aos direitos das colónias e ao direito canónico (ou de um modo geral a ordens estrangeiras). Também admitia EDUARDO CORREIA a eficácia de causas de justificação supralegais ou de direito natural³⁰⁴.

preservação, a par do expressamente permitido, do apenas não proibido como terceiro lógico, representa uma importante contenção da plena submissão ao Direito da ação social. Sobre a existência de um espaço livre do direito, ENGISCH, K., em “Der rechtsfreie Raum”, *text. cit.* p. 385 e ss. e KAUFMANN, A., em “Rechtsfreier Raum and eigenverantwortliche Entscheidung”, *text. cit.*, p. 327 e ss..

³⁰³ O que apela ao princípio da necessidade da pena, obviamente.

³⁰⁴ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, tomo I, 1965.

Pergunta-se, assim, se entre o “direito na sua totalidade”, com o significado amplo que lhe era dado no projeto de 1963, e a “Ordem Jurídica na sua totalidade” não haverá uma significativa diferença de âmbito. É, na verdade, concebível uma leitura restritiva do artigo 31º, nº 1, de modo a que nele somente se inclua a remissão para normas (com expressão legal) de outros ramos do Direito.

No entanto, mesmo CAVALEIRO DE FERREIRA, que não concordava com o preceito, não fazia ainda assim uma interpretação restritiva, distinguindo entre a sua discordância da lei e a sua interpretação da lei³⁰⁵. Uma interpretação restritiva poderia apoiar-se no argumento de que o apelo a causas de justificação supralegais (baseadas em princípios gerais do Direito ou até mesmo no Direito Natural), ao diminuir o âmbito do direito de defesa dos atingidos por tais supostas causas de justificação, alargaria, reflexamente, o âmbito do facto proibido e violaria a proibição da analogia incriminadora.

No entanto, este último argumento não procede. Por um lado, no plano lógico-formal, ele acaba por proporcionar a analogia que pretende evitar relativamente a normas excepcionais³⁰⁶ (artigo 11º do Código Civil), realizando-a quanto à própria norma que contém a proibição de analogia do artigo 1º do Código Penal (norma que estabelece um regime excepcional em face dos princípios gerais de interpretação definidos para toda a Ordem Jurídica no Código Civil)³⁰⁷. Por outro lado, atribui, imediatamente, ao princípio da legalidade e suas inerentes proibições uma predominância hierárquica, independentemente do seu fundamento, sobre a norma que apela para a Ordem Jurídica na sua totalidade como génese das causas de justificação (atribuindo àquele um papel limitador

³⁰⁵ Cf. FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *Lições de Direito Penal*, I, cit., p. 101; 2ª ed., p. 167.

³⁰⁶ Argumento utilizado por BETTIOL, em face do artigo 14º das disposições preliminares do Código Civil italiano, segundo o qual as leis penais e de modo geral as leis excepcionais não comportam a analogia (*Diritto Penale, Parte Generale*, tradução de *Diritto Penale*, 1ª ed., 1969, 1970. p. 251).

³⁰⁷ Artigo 10º do Código Civil.

de algo que até será manifestação do princípio da unidade da Ordem Jurídica).

Num confronto lógico-material com tal argumento, verifica-se que tal conceção desconhecera o papel do Direito Penal como última *ratio* da política legislativa do Estado e o colocaria num plano superior ao das normas com relevância jurídica que reconhecem direitos, não admitindo qualquer compressão do seu âmbito por estas. Existiria uma espécie de direito rígido impondo que certas condutas viessem a ser incriminadas e punidas.

Por outras palavras, a natureza excepcional do Direito Penal diluir-se-ia num universo jurídico em que a norma penal proibitiva e de *ultima ratio* assumiria o carácter de norma geral e a norma extrapenal permissiva seria confinada à excepcionalidade.

Uma análise, no puro plano lógico-normativo, das relações entre normas numa Ordem Jurídica, em que esta ideia assentaria, levaria a identificar um universo normativo contínuo em que normas gerais e especiais, ou principais e subsidiárias, se entrecrocariam, independentemente dos ramos de Direito a que pertencessem e do ilícito que configurassem. Assim, tanto a norma penal poderia ser geral e a extrapenal excepcional, como o contrário³⁰⁸.

O universo normativo dos ramos do Direito, porém, não pode girar naquela continuidade, porque a natureza diversa das sanções jurídicas e o plano dos efeitos reais sobre os sujeitos jurídicos implicam que as normas penais, quaisquer que sejam, mesmo numa tão essencial proibição como a do homicídio, sejam globalmente subsidiárias³⁰⁹, limitações excepcionais do espaço geral do não proibido ou do permitido, numa Ordem Jurídica cujo pressuposto e fim é a liberdade.

³⁰⁸ Cf. FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português*, I, ob. cit., p. 103.

³⁰⁹ A global subsidiariedade do Direito Penal ou o seu carácter fragmentário é a base conceptual do princípio da necessidade da pena.

A remissão para a globalidade da Ordem Jurídica é, assim, a remissão para normas de outros ramos do Direito e ainda necessariamente algo mais³¹⁰.

A determinação desse algo mais não pode, também é certo, deixar de ter qualquer fio condutor, porque o alargamento da justificação encurta direitos e fere expectativas. Não é admissível, consequentemente, como sustenta JAKOBS³¹¹, que quaisquer bons fundamentos sejam causas de justificação, nem para o julgador, nem, como aquele autor pretende, para o próprio legislador.

A referência à globalidade da Ordem Jurídica contém implícitos, naturalmente, limites de legitimidade material na formulação das causas de justificação³¹².

Em primeiro lugar, é a afirmação do princípio de que o mesmo facto não pode ser, simultaneamente, proibido no Direito Penal e permitido noutro ramo do Direito como já foi referido. E isso não só por razões de pura não contradição lógica, mas devido à natureza subsidiária do Direito Penal, dada a especial gravidade das suas sanções.

Em segundo lugar, a referência à globalidade da Ordem Jurídica significa a pertença de cada singular norma jurídica (ou qualquer elemento do sistema) a um todo de sentido.

Essa relação de pertença pode ser restringida a uma relação de juridicidade formal, no sentido de Kelsen, isto é, como mera relação de fundamentação da norma, numa outra norma superior, que, por sua vez, pode ser reconduzida à norma fundamental

³¹⁰ FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *Lições*, ob. cit., I, 1ª ed., p. 101; 2ª ed., p. 167: “O princípio, eminentemente doutrinário, tende a permitir a extensibilidade das causas de exclusão da ilicitude, admitindo que estas se deduzem de princípios básicos que, no próprio artigo 31º, se não definem”.

³¹¹ JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1ª ed., 1983, pp. 286-287; 2ª ed., 1991, pp. 349-350.

³¹² Cf. a referência da formulação de causas de justificação à Constituição, em *Princípio da Desculpa*, ob. cit., p. 162 e ss..

pressuposta³¹³ (ou, na construção de HART, como mera expressão do facto de que a regra de reconhecimento efetivamente existente a ela se aplica³¹⁴). Mas, como se verá, essa referência a uma Ordem Jurídica como um todo de sentido pode ter um conteúdo material.

A identificação de uma norma como elemento da Ordem Jurídica em sentido formal reconduz-se ao reconhecimento de que ela, não no seu conteúdo, mas na sua forma de criação, pode ser referida a uma norma fundamental pressuposta³¹⁵ – ou resulta, ainda, do tratamento da questão da legitimidade do Direito como uma legitimidade através do processo, na fórmula de LUHMANN³¹⁶.

Assim este positivismo normativista e processual não deixaria à problemática da génese das causas de justificação nenhum espaço de extra-sistematicidade nem nenhum espaço de supralegalidade.

A este sentido formal não queria o autor do Projeto de 1963 reconduzir o seu artigo 34º, nem nenhum membro da Comissão Revisora, entre os quais destacamos GOMES DA SILVA, na aprovação da regra inspiradora do artigo 31º do Código Penal de 1982³¹⁷.

Independentemente da habitual controvérsia sobre se certos conteúdos retiram às normas de um sistema ou a todo o sistema a sua juridicidade, a “recondução kelseniana” da fórmula do artigo 31º é sobretudo inaceitável porque, na sua menção à Ordem Jurídica na totalidade, não se refere a uma juridicidade abstrata, como a que subjaz ao problema de saber o que é o Direito ou o que é uma Ordem Jurídica, em geral, mas a uma juridicidade concreta, isto é, a juridicidade do ponto de vista de um certo Direito (nacional), de uma Ordem Jurídica que é a portuguesa e não

³¹³ Kelsen, H., *Teoria Pura do Direito* (tradução portuguesa de Reine Rechtslehre, 1960), 1976.

³¹⁴ HART, H., *The Concept of Law*, 1961.

³¹⁵ Assim Kelsen, H., ob. cit., pp. 297-298.

³¹⁶ LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, ob. cit..

³¹⁷ Actas, ob. cit., p. 228.

uma outra – em suma, aquela referência pressupõe a identidade do conteúdo da Ordem Jurídica³¹⁸.

Deste modo, a Ordem Jurídica na sua globalidade, como fonte das causas de justificação, é, em sentido material, um todo que não se dissolve nos seus elementos. E, sendo os seus elementos expressões de valor, é, sem dúvida, um todo de valor.

3. Como é que influirá, no entanto, esse todo de sentido, esse todo de valor, na génese de causas de justificação, se não existir qualquer relação concreta entre um facto e uma norma permissiva explícita legalmente?

Um tal funcionamento é o derivado de uma conexão sistemática, abrangendo os chamados nexos funcionais e de sentido de LARENZ como base de um sistema interno de Direito³¹⁹. Essa função é a dos princípios jurídicos como ideias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à ideia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos. E seguindo LARENZ, por referência aos valores que justificam a afirmação de que um sistema é um sistema jurídico, na perspetiva geral da ciência³²⁰. Acrescentar-se-ia, finalmente, por referência a um certo sistema jurídico, na perspetiva da sua legitimidade político-constitucional.

Mas os princípios, mesmo com expressão legislativa, ou até mesmo enquanto meros princípios gerais, fornecerão critérios de decisão dos casos concretos? Serão, verdadeiramente, equiparáveis

³¹⁸ Para a autonomia dos problemas apela WENGLER, em "Betrachtungen über den Zusammenhang der Rechtsnormen in der Rechtsordnung und die Verschiedenheit der Rechtsordnungen, Gegenwartprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie", em *Festschrift für Rudolf Lamm*, 1953, p. 719 e ss..

³¹⁹ LARENZ, K., *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução portuguesa de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., 1983), 1989, pp. 511 e ss. e 577 e ss..

³²⁰ Diz LARENZ, K., *ob. cit.*, p. 577: "Enquanto ideias jurídicas materiais, são manifestações especiais da ideia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica".

a normas, a ponto de deles serem deriváveis máximas com uma função orientadora dos critérios de justificação?

Existirão princípios justificadores propriamente ditos, dos quais derive (ou pelos quais se manifeste) um conteúdo material da justificação (verdadeiramente legitimador) no Direito Penal capaz de determinar as concretas causas de justificação?

A referência a princípios justificadores tem uma longa tradição na teoria do Direito Penal. As duas principais concepções que, em diversas variantes, se impuseram foram a chamada teoria do fim, na formulação de GRAF ZU DOHNA, como princípio do meio justo³²¹, e a teoria da ponderação de interesses³²²; ou, noutra compreensão, a teoria da ponderação de valores³²³. Em todas estas formulações, foi sempre procurado um conceito unitário de justificação, que reproduzisse a estrutura básica de todas as causas de justificação legalmente previstas. Ora, não só esses esforços foram geralmente gorados, como o demonstra a cedência de MEZGER a uma diversificação da ponderação de interesses, em prevalência do interesse (em algumas figuras) e falta de interesse (em outras figuras)³²⁴, como também aconteceu, muitas vezes, que se formaliza tanto o entendimento desses supostos princípios gerais, que tudo lá vem a caber. Assim, a própria legítima defesa, que a doutrina alemã sempre se esforçou por libertar da ponderação de interesses, da relação proporcional entre o bem defendido e o bem lesado (diferentemente de outras doutrinas como a italiana), surgiu, reduzida, ainda que artificialmente, à ponderação de valores, supondo-se que, em todo o caso, por ela se expressaria a preponderância do

³²¹ DOHNA, A. G., *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal in Tatbestand strafbarer Handlungen*, 1905 p. 48 e ss..

³²² Cf. LENCKNER, T., *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 33 e ss., e "The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification", em *Rechtfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perspektiven*, I, 1987, p. 484 e ss..

³²³ Assim, NOLL, P., em "Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung", em *ZStW*, 77 (1965), p. 1 e ss..

³²⁴ MEZGER, E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949.

valor da defesa da Ordem Jurídica contra o injusto relativamente aos valores dos bens jurídicos entretanto lesados³²⁵⁻³²⁶.

Tanto na teoria do fim como na da ponderação de interesses houve um processo lógico de generalização progressiva e abstratizante, a partir das figuras legais concretas, até se chegar à fórmula mínima que fez dissipar a materialidade do conteúdo da exclusão da ilicitude.

Todavia, porque existem, no Direito Penal, figuras identificadas como causas de justificação e um efeito jurídico de justificação do facto (ou, numa outra terminologia, de exclusão da ilicitude), em certo sentido, o conceito material de justificação procurado é inevitavelmente pressuposto a partir dessas figuras ao ser utilizado pelo legislador.

Ora, na verdade, justificam-se condutas em Direito Penal, atribuindo-se-lhes um certo efeito e um efeito diverso de outras condutas que com elas conflituam. Foi aceite, a partir de certa fase histórica, na teoria jurídica, que o efeito das causas de justificação seria a anulação da valoração negativa indiciada pela tipicidade ou mesmo da valoração positiva desse comportamento típico para a Ordem Jurídica, enquanto na exclusão da culpa apenas estaria em causa a não censurabilidade pessoal do agente por um facto em si desvalioso para o Direito. Esse é um contributo da elaboração penalística da teoria da ilicitude objetiva³²⁷, que nunca mais deixou

³²⁵ NOLL, P., *text. cit.*, *loc. cit.*.

³²⁶ Embora este último caminho não tenha sido absolutamente improdutivo, pois, por ele, construiu afinal a jurisprudência alemã a causa de justificação supra-legal do estado de necessidade objetivo, a propósito do aborto terapêutico, esse caminho pressupôs já graves problemas de conflito de valores. Cf. LENCKNER, T., *ob. cit.*, p. 228 e ss., e WACHINGER, "Der übergesetzliche Notstand nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts", em *Festgabe für Reinhard Frank*, I, 1930, p. 465 e ss..

³²⁷ A elaboração penalística da teoria da ilicitude objetiva é um acontecimento profundamente diverso da longa maturação no pensamento jurídico daquela ideia.

Como nota PADOVANI, uma fundamentação, em BÖHMER (1701-1772), da ilicitude objetiva desconheceria que aquela ideia tem um determinado envolvimento

de marcar a resolução das grandes questões de Direito Penal. É ainda contribuição dessa teoria a tese de que o efeito das causas de justificação é um efeito de valor universal, de forma que contra causa de justificação não se pode opor causa de justificação. Se um comportamento é positivamente permitido, aquele que se lhe opõe só pode, como sua negação, ser proibido, estando, por conseguinte, excluído um direito de defesa.

Essa é uma ideia fundamental sobre que pode ser pensada a materialidade ética do conceito de justificação, pois a produção de um efeito desse tipo tem de assentar numa valoração reconhecida como positiva de uma conduta sobre a qual o consenso social quanto ao valor seja fácil de obter.

E, mesmo que não se possa partir dessa ideia fundamental, defendendo-se que contra causa de justificação ainda se pode opor uma conduta igualmente valiosa e justificada, havendo efeitos de valor não universais, mas apenas abrangentes da posição de um sujeito perante a Ordem Jurídica³²⁸, se não se quiser cair na total confusão com a exclusão da culpa, ter-se-á, ainda, de aceitar uma afetação parcial do valor da conduta que se opõe àquela, limitando as possibilidades de defesa contra a primeira conduta, como vimos. Quer isto dizer que o efeito de valor da conduta justificada é, relativamente à legítima defesa (por exemplo), universal, excluindo-a, mas não tem de o ser relativamente a outras formas proporcionadas de defesa dos bens jurídicos afetados pela primeira conduta.

Em todo o caso, de qualquer das ideias fundamentais de que se parta sobre qual é o efeito da justificação em Direito Penal, um sentido forte ou um sentido mais fraco, enquanto se aceite a sua autonomia da desculpa, como o legislador português³²⁹, sempre se deverá aceitar algum efeito de afetação do direito de defesa.

sistemático ("Alle radici di un dogma: Appunti sulle origine dell'antigiuridicità objectiva", em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nuova serie, ano 26, 1983, p. 533 e ss.).

³²⁸ Por exemplo ZIELINSKI, D., *ob. cit.*, pp. 217 e ss., 229 e 252.

³²⁹ Artigos 31.º e ss. do Código Penal.

As razões materiais de tal afetação serão também a chave para a compreensão dos nexos funcionais e materiais do nosso sistema jurídico-penal.

4. A questão orientadora fundamental da obtenção de um sentido material da justificação é, pois, como se analisou a propósito da “prova da legítima defesa” saber se se justifica retirar a alguém (numa posição de sujeito passivo), em absoluto (ou apenas relativamente), o direito de defesa, que a Constituição lhe atribui³³⁰.

Numa situação paradigmática, prevista no artigo 34º do Código Penal, refere-se o legislador a um caso em que isso sucede, quando sacrifica a exclusão da ilicitude, através do princípio da prevalência do interesse superior, à salvaguarda do direito de defesa do lesado, em atenção ao valor e natureza dos bens deste, que viriam a ser atingidos (alínea c)).

Há, consequentemente, bens (interesses) de uma certa espécie que são sempre preservados, de modo que a sua afetação pelo “necessitado” tornará a agressão deste necessariamente ilícita e suscetível de legítima defesa (segundo o artigo 32º). Este é um critério legal sobre a própria materialidade do direito de defesa, isto é, um ponto de vista a partir do qual é possível aferir se a defesa de bens pode ser negada ou não.

O conteúdo deste critério, do teste do merecimento justificador de uma conduta não explicitado pelo legislador penal, pressupõe, no entanto, um núcleo de bens especial, os de uma certa natureza ou de um valor superior, que, mesmo para salvaguarda de um interesse superior, não podem ser sacrificados. Constitucionalmente, ainda existem bens (e consequentemente interesses) que têm o mesmo estatuto perante as violações graves da segurança jurídica através da declaração do estado de emergência, no artigo 19º, nº 4, da Constituição. Esses bens formam um primeiro núcleo, ou núcleo

mínimo, da dignidade da pessoa humana, em que se baseia a República Portuguesa (artigo 1º da Constituição).

A cláusula da alínea c) do artigo 34º do Código Penal abrange, sem dúvida, esses bens e, provavelmente, ainda outros que, embora possam ser prejudicados, nas situações graves do nº 2 do artigo 19º da Constituição (porque é a própria existência do Estado que está em causa), não o poderão ser apenas para realizar um interesse superior, como, por exemplo, bens patrimoniais de essência pessoal³³¹ ou outros, ainda, que não necessitassem, naturalmente, de ser enunciados numa norma sobre o estado de emergência.

Mas a existência de regras ou de uma regra sobre a *insuportabilidade* da exigência de sacrifício e da não defesa ou proteção de certos bens, em situação de necessidade pública ou privada, tem, obviamente, um limite, dir-se-á, na situação de legítima defesa. Nesta, não haverá, sem dúvida, que salvaguardar a vida do agressor, por exemplo, quando a vida do defendente corre risco. E, segundo uma fundamentação muito persistente, na doutrina alemã, e inspiradora da doutrina portuguesa tradicional³³², em caso algum de legítima defesa se devem salvaguardar bens ou interesses do agressor – pois o direito não deve ceder ao injusto (na velha máxima dos juristas hegelianos)³³³.

Esta lógica fundamentadora propõe, no entanto, para as relações entre sujeitos privados, uma ponderação de valores *sui generis*: a de que a defesa do Direito contra agressões ilícitas em si é um valor superior a qualquer outro. No entanto, a alínea c) do artigo

³³¹ Isto é, que sejam condições básicas da existência da pessoa. Sobre isso, veja-se JAKOBS, G., *ob. cit.*, 2ª ed., p. 423.

³³² Assim, significativamente, o pensamento inspirado em FIGUEIREDO DIAS, conforme o seu artigo em *Enciclopédia Polis*, 1985, mantida no seu Direito Penal, *ob. cit.*, p. 381 e ss., bem como, posteriormente, em CARVALHO, A. TAIPA DE, *Legítima Defesa*, 1995, p. 420 e p. 431 e ss..

³³³ “Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen” frase de BERNER, em “Notwehrtheorie”, inserido em *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, 1848, p. 557 e ss., que significa que o Direito não deve ceder perante o ilícito.

34º estabelece uma norma logicamente precedente desta, que faz depender a qualificação como lícita ou ilícita de uma agressão em estado de necessidade da não lesão de bens de certa natureza (alinhando aqui o valor da defesa do Direito pela defesa de um certo tipo de bens).

E, por outro lado, nas relações entre sujeitos privados e o Estado, como se pressente pelo artigo 19º da Constituição (e pelo artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), um tal princípio de absoluta predominância do valor de defesa da ordem contra o ilícito, independentemente do valor da ofensa e do bem atingido pela agressão, não adquire consistência.

No exemplo da legítima defesa, torna-se claro que, por uma razão de igualdade na proteção jurídica, bens de uma certa natureza do agressor poderão ser lesados para defesa de outros de igual natureza, não significando isto, no entanto, um retorno às máximas medievais da vida contra vida ou da integridade física contra integridade física, mas sim que uma legítima defesa “ilimitada”, somente se justificará para defesa de um núcleo essencial de bens (os relativos ao valor da dignidade da pessoa humana). Não é compatível com os valores constitucionais uma absolutização da preservação da ordem, contra qualquer ofensa ainda que insignificante ou proporcionalmente muito menos relevante do que os bens que poderiam ser lesados.

Em conclusão, sistematizar-se-iam três grandes princípios definidores daquele efeito-valor típico da justificação ou exclusão da ilicitude, do sentido material de justificação, segundo o qual se não deve opor a ato justificado uma defesa que possa ser ilimitada quanto à afetação de bens que produz, a saber: o princípio da insuportabilidade da não defesa, como princípio negativo derivado da ideia de dignidade da pessoa humana; o princípio da igualdade na proteção jurídica, como delimitação deste; e, finalmente, restringido pelos primeiros e, por isso, subsidiário, o princípio da prevalência do interesse superior.

§ 10º – Causas de justificação do facto

A – Legítima defesa

1. O nome, o conceito e a função³³⁴

O nome “legítima defesa” é atribuído no Código Penal português de 1982/95 ao facto praticado “como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de quaisquer interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro”. Na linguagem do Direito, a expressão significa a defesa contra agressões ilícitas, que é permitida aos particulares sem recurso aos tribunais. A sua origem linguística é a expressão francesa “*légitime défense*”³³⁵.

À legítima defesa correspondem, na sua essência, a *self-defense* e a *Notwehr* dos Direitos anglo-saxónico e germânico, respetivamente. Tais figuras não são traduzíveis exatamente por legítima defesa: a *self-defense* significa, sobretudo, autodefesa e a *Notwehr* significa defesa necessária. Também no Direito português anterior ao Código Penal de 1854/1886 se utilizava frequentemente a expressão de “necessaria deffensao”, inspirada no Direito romano (Ordenações Filipinas, Livro V).

Tal como o nome, também o próprio conceito de defesa permitida contra agressões ilícitas não é, na sua compreensão e na sua extensão, universal. Com efeito, a defesa particular permitida contra agressões ilícitas pode ter um âmbito mais amplo ou mais restrito, abrangendo ou excluindo a defesa de certos interesses (por exemplo, os interesses do Estado ou os interesses coletivos) ou exigindo mais ou menos condições para o exercício da defesa

³³⁴ Cf. PALMA, F., “Legítima Defesa”, em *Enciclopédia Polis*, 3º vol., 2ª ed., 1999, col. 1034-1051. O presente texto segue, no essencial, a síntese sobre a legítima defesa procurada no referido artigo.

³³⁵ Utilizada pela primeira vez no Código Penal francês de 1791, do qual passaria para o Código Penal francês de 1810 – FIORETTI, G., *La Legittima Difesa*, 2ª ed., 1893, p. 60.

(como, por exemplo, a possibilidade de recurso à força pública ou a proporcionalidade entre os bens defendidos e os lesados no exercício da defesa).

Uma variação fundamental no conceito da defesa permitida, com repercussões na amplitude dos casos abrangidos, é a que existe entre os sistemas de tipo europeu que concebem a defesa dos indivíduos contra agressões ilícitas como verdadeiro exercício de um direito (que anula o caráter proibido do ato danoso praticado) e os de tipo anglo-saxónico que lhe assinalam apenas um valor de exclusão da responsabilidade penal ou civil, isto é, de um modo processual de defesa relativamente à acusação pela prática de um facto ilícito.

A primeira perspetiva exige um grande rigor na delimitação dos requisitos da figura da legítima defesa, devido à repercussão da mesma na delimitação dos direitos entre os indivíduos participantes num sistema social (considerando nomeadamente as possibilidades de limitação dos direitos do agressor). A segunda perspetiva concebe a legítima defesa em função das finalidades da responsabilidade jurídica, criminal ou civil, reduzindo-a, por vezes, a uma questão de exclusão da responsabilidade pessoal do agente.

Os Direitos europeus-continentais tendem a conceber a figura de uma defesa legítima como uma posição jurídica subjetiva ou mesmo um direito e os Direitos da *common law* tendem a atribuir-lhe um mero valor excludente da responsabilidade, abrangendo eventualmente os próprios casos de erro – inevitável – do agente sobre a verificação de uma agressão ilícita³³⁶.

A legítima defesa é, assim, uma expressão que identifica um meio jurídico de atuação na defesa de direitos não uniforme nos diversos Direitos. Abrange uma amplitude variável de casos e depende, no seu conteúdo, das opções sobre o fundamento e a função da permissão da defesa particular contra agressões ilícitas.

³³⁶ FLETCHER, G. P., "The Right and the Reasonable", *Harvard Law Review*, 1981.

A existência de um meio jurídico que possibilita a defesa particular contra agressões ilícitas exprime sempre, todavia, um modo de resolução de conflitos entre os participantes num sistema social, através do qual é conferido aos indivíduos, em casos específicos ou subsidiariamente, o poder de efetivar as regras do sistema sem recurso à autoridade das instituições. Um sistema social que prescindisse de atribuir esse poder aos seus membros, bastando-se apenas com o poder do Estado para a proteção de direitos ou interesses contra agressões ilícitas, sobreporia ao valor da defesa das pessoas contra as referidas agressões o valor do monopólio do poder do Estado na defesa do Direito. Deste modo, qualquer que seja a sua configuração e o seu âmbito, uma regra de defesa particular contra agressões ilícitas é um indício da autonomia da autoridade do Direito em face do poder da autoridade.

2. O problema da fundamentação da legítima defesa na história do Direito e a questão crucial dos limites da legítima defesa

a) A possibilidade de defesa particular contra agressões ilícitas existiu no Direito romano como defesa de bens pessoais, sem exigência de subsidiariedade relativamente aos poderes da autoridade pública. A legítima defesa era a expressão de uma "*naturalis ratio*"³³⁷ ou de uma razão de justiça comum a todas as leis e a todos os povos que se traduziria na *vim vi defendere omnes leges omni jura permittunt*. Tais fundamentos da legítima defesa, apesar da sua diversa origem (a origem estoica na razão humana de conservação de si próprio e a origem pragmática num princípio de Direito internacional), concebiam uma figura de *inculpatae tutelae moderatio*, também designada como *justa ou necessaria defensio*³³⁸.

³³⁷ CÍCERO, Marcus Tullius Cicero, *Pro T. Annio Milone Oratio ad iudices*, *Opere*, V, II, P.II, 1856, Cap. 4.

³³⁸ REIN, W., *Das Kriminalrecht der Römer*, 1844, p. 140.

Essa configuração da defesa particular contra agressões ilícitas restringia, segundo alguns autores, a legítima defesa da propriedade, que era apenas admitida em caso de violência no furto noturno³³⁹.

O nome medieval (configurado pelo Direito canônico com inspiração no Direito romano) da legítima defesa foi exatamente *moderamen inculpatae tutelae*, traduzível pelo governo ou administração da tutela não culposa, que predisponha a uma grande restrição dos poderes particulares de defesa contra agressões ilícitas em função da inserção dos fins da existência humana no projeto global da criação.

Em S. TOMÁS DE AQUINO, a legítima defesa justificava-se pela conservação de si mesmo e pelo facto de ao ser humano ser dada, em primeiro lugar, a responsabilidade pela sua vida e não pela vida alheia³⁴⁰.

É com o pensamento jusracionalista que a defesa particular contra agressões ilícitas aparece como direito subjetivo, associada à autonomia e dignidade da pessoa, e como manifestação da preservação de um núcleo de bens elementares à afirmação do indivíduo em sociedade. Mas a relação desta ideia com a fundamentação do Estado no contrato social levou, inevitavelmente, à subsidiariedade do poder de defesa, distanciando-o plenamente da *vindicta* privada, contra a qual se impusera o *moderamen inculpatae tutelae*³⁴¹.

³³⁹ Segundo LUDEN, a legítima defesa da propriedade estava excluída, com base na exigência contida na Lei das XII Tábuas de o ladrão diurno só poder ser morto no caso de ter usado armas; contra, porém, LEVITA, interpretando os textos no sentido de que as leis romanas incidiriam sobre situações em que já não há atualidade da agressão e em que, só por isso, não era autorizado o homicídio do ladrão não violento em legítima defesa. Cf., sobre a controvérsia, PALMA, F., *A Justificação por legítima defesa*, ob. cit., 1º vol., p. 148, nota 10.

³⁴⁰ “Actus igitur huius modi ex hoc intenditur conservatio propriae vitae, non habet rationem illiciti: um hoc sit naturale quod se conservet in esse quantum potest” e “nec est necessarium ad salutem ut homo actum moderatae tutelae praetermittat ad evitandum occisionem alterius, quia plus tenetur homo vitae suae providere quem vitae alienae” – *Summa Theologiae*, 2-29 64 a.7.

³⁴¹ GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Livro II, Cap. I, Secção III, e PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, 1688, Livro II, Cap. V, 16.

Em KANT, cujo pensamento não chega a revelar uma explícita fundamentação da legítima defesa, manifesta-se já o pendor de uma justificação do poder particular de defesa pelos fins do Direito e do Estado³⁴². A conceção do Direito deste filósofo – conjunto das condições sob as quais a livre vontade de uma pessoa pode ser conjugada com a das outras segundo uma lei geral de liberdade – dificilmente permitiria uma realização dos direitos individuais sem limites, pois tal não seria adequado à prossecução do estado de paz a que se destinava a lei geral da liberdade.

HEGEL, por seu lado, aprofunda esta ligação da justificação da defesa particular de direitos aos fundamentos do poder político e do Estado, ao desenvolver uma ideia de Direito segundo a qual se impõe a anulação do crime (o qual nega o Direito) para reafirmação da própria validade da lei³⁴³. Com efeito, HEGEL não concebe nunca o direito particular oposto ao crime como vingança, mas antes como instrumental da reconstituição da validade do Direito. E, assim, também a defesa particular de direitos contra agressões ilícitas só pode existir no espaço entre a vingança e a repressão do crime pelo Estado³⁴⁴.

A compreensão do fundamento da defesa particular contra agressões ilícitas como problema de realização do Direito do Estado modifica o paradigma puramente jusnaturalista, a fundamentação na razão natural ou na natureza humana. A legítima defesa torna-se critério do Direito para a realização dos fins do Estado.

Esta mudança de paradigma fundamentador permitiu o desenvolvimento de conceções de uma legítima defesa absolutamente funcional da afirmação da validade das normas jurídicas, cuja violação nunca pode ser aceite. A expressão radical dessa perspectiva traduzir-se-ia na máxima, já referida no ponto anterior, de que

³⁴² SANDER, J., *Die Begründung der Notwehr in der Philosophie von Kant und Hegel*, 1939, p. 32 e ss..

³⁴³ *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1820, §§ 104º a 220º.

³⁴⁴ Cf. PALMA, F., ob. cit., p. 165.

o Direito nunca deve ceder perante o ilícito, justificando-se uma defesa da ordem jurídica até às últimas consequências, como resposta a uma agressão ilícita.

É já uma evolução da concepção neohegeliana aquela concepção que atribui uma função preventiva-geral à legítima defesa, justificando a figura através da prevenção de agressões ilícitas ou mesmo da pura reafirmação da validade do Direito. Nesta formulação, a matriz da fundamentação da defesa é constituída por determinados fins político-criminais do Estado. Assim se reduz, de certo modo, o plano rígido e abstrato da reafirmação lógica do Direito, fazendo-se repercutir uma medida de ponderação entre os diversos fins do Estado nas condições jurídicas do exercício da defesa autorizada de direitos e interesses.

b) Para mitigar as consequências de uma legítima defesa concebida como defesa da Ordem Jurídica, a jurisprudência e a doutrina germânicas conceberam um modelo de moderação do paradigma neo-hegeliano da legítima defesa, designado como doutrina dos limites ético-sociais da legítima defesa. Segundo tal modelo, em certos contextos de responsabilização social do defendente (provocação da agressão, relação familiar ou posição de garante relativamente ao agressor, insignificância da agressão e inimizabilidade do agressor), a legítima defesa não seria autorizada como resposta ilimitada à agressão ilícita, impondo-se uma certa compressão do direito de defesa.

Uma outra via de moderação dos efeitos de uma pura legítima defesa da Ordem Jurídica é a obtida pelo apelo à figura do abuso de direito. Essa perspectiva já prenuncia, porém, um distanciamento do arquétipo de uma defesa da Ordem Jurídica, acentuando a justificação da legítima defesa no exercício da autonomia da pessoa adequada aos fins sociais relevantes³⁴⁵.

³⁴⁵ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, "Legítima Defesa", em *Enciclopédia Polis*, v. 1985.

Fora do paradigma neohegeliano referido, é possível defender uma concepção hierarquizada de interesses ou bens jurídicos na Ordem Jurídica do Estado de direito democrático, construída a partir dos valores da pessoa. Dessa concepção não resultará uma necessidade de afirmação da validade de qualquer norma concreta ou a proteção de qualquer interesse ou direito perante uma agressão ilícita a qualquer preço.

A defesa da Ordem Jurídica tal como a defesa particular contra as agressões ilícitas podem ser construídas juridicamente com base na ponderação entre os valores conflituantes protegidos pelo Direito no caso concreto. Dessa ponderação resulta, em muitos casos, limites para a atuação particular na defesa contra agressões ilícitas, nas situações de proteção de bens jurídicos menos essenciais para os fins da pessoa, bem como uma certa exigência de proporcionalidade dos meios de defesa relativamente ao fim visado de proteção daqueles bens.

O modelo de moderação da legítima defesa segundo o critério das limitações ético-sociais e o que se baseia numa concepção da Ordem Jurídica como ordem de bens jurídicos de valor diferenciado podem ter consequências divergentes em várias situações. As consequências divergirão quando esteja em causa uma necessidade de defesa de bens não essencialmente constitutivos da dignidade pessoal à custa da lesão da vida do agressor (ou, numa medida grave, da integridade física do agressor) – situações que a doutrina dos limites ético-sociais considera ainda como autorizadas, contrariamente ao que é propugnado pela outra perspectiva. E divergirão nas diversas situações referidas, em que a doutrina dos limites ético-sociais impõe um dever de evitar a defesa, independentemente do valor do bem defendido, nomeadamente na legítima defesa entre cônjuges ou contra inimputáveis – situações que não limitarão a legítima defesa, se se atender ao valor insuperável dos bens independentemente do reconhecimento de um contexto de responsabilidade dos agentes.

Apesar destas diferenças de perspectiva, é reconhecido hoje, em qualquer dos modelos moderadores, que a legítima defesa não consubstancia um poder ilimitado de defesa, por razões político-criminais ou por uma lógica de delimitação de direitos ou de ponderação de interesses de que não é excluída a valoração dos bens da pessoa do agressor. Assim, é rejeitada a “moral homicida” que certos autores imputavam, criticamente, à teoria da legítima defesa vigente, no século passado, no pensamento germânico.

A opção por um dos modelos moderadores depende de perspectivas diferentes na formulação dos fins e funções do Direito e do Estado, admitindo-se uma certa relativização dos valores da pessoa, no primeiro modelo – limitações ético-sociais. Para a outra perspectiva – ordem de bens jurídicos de valor diferenciado – o que prevalece são os valores da pessoa constitutivos da sua dignidade, admitindo-se, porém, o risco de algum enfraquecimento da afirmatividade do Direito.

É, pois, essa perspectiva que melhor se compatibiliza com os princípios e os valores constitucionais.

3. Os requisitos da legítima defesa no direito português e o seu fundamento jurídico

a) A figura da legítima defesa está configurada no Direito português nos artigos 32º do Código Penal de 1982/95 e 337º do Código Civil.

A definição da legítima defesa no Direito português depende do conteúdo legal dos respetivos requisitos. Mas devendo a interpretação jurídica fazer referência aos princípios e à realidade subjacente às normas, os requisitos legais da legítima defesa carecem de uma interpretação do sentido normativo que não se reduz ao sentido literal do texto legal.

As exigências de uma agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de um terceiro (pressuposto da legítima defesa) e da necessidade de uma conduta lesiva de direitos para repelir tal agressão (requisito de legítima defesa) revelam que a legítima defesa se distingue de qualquer conduta de vingança ou de pena privada. Nela se espelha a proteção estritamente necessária de direitos e interesses do agente.

b) A ilicitude da agressão corresponde à verificação de uma ação ou de uma omissão contrárias ao Direito, podendo abranger direitos ou interesses de terceiros (legítima defesa alheia), incluindo interesses coletivos e do Estado.

A ilicitude da agressão não pressupõe, necessariamente, uma natureza penal do ilícito (do facto contrário ao Direito), não se excluindo que factos penalmente relevantes sejam justificados por legítima defesa, apesar de repelirem agressões que não correspondem a factos legalmente incriminados (o que será óbvio no caso de condutas agressoras negligentes, só incriminadas quando realizadas com dolo, como acontecerá no caso do dano relativamente a bens do defendente).

A justificação por legítima defesa no Direito Penal pressupõe, essencialmente, que a conduta do defendente seja necessária para impedir uma agressão que ele não deva suportar, requisito que não depende da natureza do ilícito perpetrado contra o agente. É essa concentração na ausência de desvalor para o Direito Penal da conduta praticada em legítima defesa que explica que a culpa do agressor não seja pressuposto da figura³⁴⁶. Também a ilicitude da agressão não implicará, para a doutrina tradicional, uma contrariedade subjetiva ao dever emanado da norma jurídica. Não será necessário que exista dolo ou uma violação subjetiva do dever de cuidado pelo agressor, bastando uma objetiva contrariedade aos deveres

³⁴⁶ A questão da exigência de culpa do agressor é, todavia, controversa na doutrina – cf. CARVALHO, A. TAIPA DE, *Legítima defesa*, ob. cit., pp. 435-442.

jurídicos derivados da norma. Só os comportamentos ainda lesivos de direitos e interesses mas em que não haja uma conduta voluntária do agressor, uma qualquer ação humana (agressões de animais), ou os comportamentos compreendidos no risco permitido não preencherão o pressuposto da ilicitude da agressão.

c) Outra das exigências legais relacionadas com o pressuposto da legítima defesa é a atualidade da agressão. Entende-se que a defesa só deve pretender evitar a lesão dos bens jurídicos postos efetivamente em perigo pela agressão, numa fase em que já seja justificada a intervenção do poder público (nomeadamente da força policial) para impedir a agressão.

A atualidade da agressão pressupõe, deste modo, um perigo concreto para os bens jurídicos do defendente, o qual se pode equiparar, essencialmente, ao conceito de atos de execução constitutivos da tentativa de crime (artigo 22º do Código Penal)³⁴⁷. O momento a partir do qual a agressão deixa de ser atual corresponde, por outro lado, em regra, ao último momento da consumação dos crimes, sempre que a agressão revista natureza criminal. Admitir-se-á, porém, que esse último momento de consumação se estenda, nos crimes de perigo, à realização do dano – consumação material ou exaurimento do crime – mesmo que este não releve para efeitos de tutela penal (como acontecerá, por exemplo, nos crimes de perigo comum previstos nos artigos 272º e ss. do Código Penal). Mas já não serão, por exemplo, agressões atuais nem a mera montagem de dispositivos que virão a ser acionados, de modo agressivo, posteriormente, nem, por outro lado, a fuga do agressor após a lesão dos bens do defendente.

³⁴⁷ Sobre o conceito de atos de execução, cf. PALMA, F., *Da 'Tentativa Possível' em Direito Penal*, ob. cit..

d) A necessidade de defesa é já um requisito do exercício da legítima defesa, no sentido apontado de uma função preventiva da lesão de bens jurídicos do defendente. A jurisprudência e a doutrina têm concordado que só é meio necessário o meio adequado menos gravoso para o agressor.

Sem quaisquer outras limitações para além da que postula esta definição de necessidade do meio, a legítima defesa permitiria, todavia, lesões de enorme gravidade para a defesa de bens de valor muito inferior. Esta possibilidade de lesões elevadamente desproporcionais à defesa de certos bens não é literalmente excluída pelo artigo 32º do Código Penal, mas é expressamente rejeitada pelo artigo 337º do Código Civil, que exige uma “não manifesta superioridade do prejuízo causado”.

Todavia, uma interpretação jurídica do artigo 32º do Código Penal de acordo com o fundamento da legítima defesa, numa ordem jurídico-constitucional que impõe uma salvaguarda de bens jurídicos e interesses de valor superior no conflito com outros de menor valor, implica a rejeição da interpretação meramente literal do artigo 32º do Código Penal e o relacionamento do conteúdo da necessidade não apenas com a necessidade do meio, mas com a própria necessidade de defesa a partir de critérios de prevalência de valores. O conteúdo essencial da autonomia da pessoa e da sua dignidade (artigo 1º da Constituição) justificará o único critério de necessidade absoluta de defesa à custa de bens da maior importância do agressor³⁴⁸. Nesses casos, mas só neles, qualquer

³⁴⁸ A Jurisprudência desde os anos noventa começa a aderir à doutrina germânica, criticada por mim em *A Justificação por Legítima Defesa como um problema de delimitação de Direitos* (1990), mas, curiosamente, as interpretações de que o Direito não deve ceder ao ilícito como fundamento de legítima defesa, na linha da doutrina germânica divulgada por autores portugueses, nunca exprimem o conteúdo originário da fórmula, continuando os acórdãos a utilizar lógicas proporcionalistas, em função dos casos, sem qualquer articulação com o fundamento de legítima defesa que enunciam.

restrição da defesa quando estiver em causa algum aspeto nuclear da autonomia e dignidade da pessoa seria insuportável, poria em causa a ordem de valores constitucional. Já quando se trate de situações de uma outra natureza não existem razões da mesma intensidade para excluir restrições em termos de uma certa proporcionalidade entre os bens do agressor e os do defendente.

Esta última interpretação depende como é óbvio de posições fundamentais sobre o Direito e sobre o conteúdo de uma Ordem Jurídica de um Estado de direito democrático e de justiça. Não se deduz da mera articulação ou hierarquização de preceitos legais, nem mesmo para quem reduza o Direito a um mero enunciado legal, mas é a que melhor respeita os princípios e critérios constitucionais.

Tendo existido uma importante discussão na doutrina portuguesa e não sendo despendida a norma do artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a maioria dos acórdãos não mostra qualquer articulação com o estado da questão na própria doutrina e na informação transmitida pelos autores que citam.

Cf., entre outros, o Acórdão do STJ de 27-out.-2010, Proc. 971/09, em que se evidencia a assinalada inconsistência entre um fundamento abstrato, supra-individual, de legítima defesa e um julgamento concreto de teor proporcionalista, o que revela a inadequação da fórmula da doutrina maioritária relativamente à tradição individualista e proporcionalista dos tribunais portugueses. No Acórdão *supra* referido, conjuga-se com a doutrina da não cedência do Direito ao Injusto a ideia de que a proporcionalidade condiciona a necessidade e a intensidade de defesa, numa situação de agressão a bens patrimoniais. Curiosamente, fazendo uma referência à “ponderação de interesses” (sem assinalar qual é o seu conteúdo) como fundamento de legítima defesa, veja-se o Acórdão da RCB de 17-set.-2003, Proc. 202/03, em que a agressão consistiu num “puxão de barbas”, que o Tribunal qualificou como uma injúria “não incluído no direito de legítima defesa”.

Muito equilibrado é o Acórdão da RCB de 5-mai.-2010, Proc. 119/09, o qual refere que “a legítima defesa deve assentar num fundamento de continuidade que interliga, por um lado, a protecção dos bens jurídicos beliscados pela agressão e, de outro, por derivação direta e imediata, a necessidade de defesa da ordem jurídica”. Neste mesmo Acórdão, o Tribunal reconhece, citando JESCHECK, que “a legítima defesa não é nem pode redundar numa acção punitiva, a ela se encontrando subjacente o princípio do maior respeito pelo agressor”.

Por outro lado, a interpretação jurídica dos requisitos da legítima defesa não pode deixar de recolher informação essencial no artigo 2º, nº 2, alínea a), da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, o qual prevê que o homicídio do agressor só é admissível para assegurar a defesa de uma pessoa contra violência ilícita. Esta norma abrange claramente a legítima defesa e não, como alguns pretendem, apenas as relações dos particulares com o poder público³⁴⁹. Todavia, esse ponto de vista, que diferenciaria a legítima defesa entre particulares da legítima defesa da autoridade pública, só seria sustentável a partir da consideração da especial proximidade dos particulares com os bens de que são titulares e da menor racionalidade da defesa privada contra agressores ilícitos. Mas tais considerações somente poderão afetar a censurabilidade pessoal do comportamento defensivo, a exigibilidade de outro comportamento – o que é um problema de exclusão da culpa e não de justificação.

A única dimensão que pode justificar a permissão de maior intensidade da defesa dos particulares, relativamente à realizável pelos agentes do Estado é a existência de diferentes possibilidades para estas entidades de assegurar a preservação de bens jurídicos. Mas um tal aspeto apenas se relaciona com os modos de comportamento permitidos aos particulares na gestão dos seus meios de defesa. O âmbito dos bens que podem ser sacrificados pela defesa sem restrições, a fim de preservar quaisquer outros, ainda que de valor diminuto, não depende da maior ou menor disponibilidade de meios de defesa ou das diferentes possibilidades de organização da defesa.

A *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* não pode deixar de implicar, consequentemente, uma limitação geral, a todos aplicável, nos casos em que a legítima defesa pode atingir a vida do agressor.

³⁴⁹ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, “Legítima defesa”, em *Enciclopédia Polis*, text. cit.. Cf. sobre a questão, PALMA, F., *A Justificação por Legítima Defesa*, ob. cit., 1º vol., p. 481.

E essa limitação afirma-se na Ordem Jurídica portuguesa por força do artigo 8º da Constituição.

Deste modo, a necessidade do meio pressupõe a própria necessidade da defesa como questão prévia³⁵⁰. E esta refere-se à insuportabilidade da não defesa de bens eminentemente pessoais, por um lado, e à moderação da defesa quando estejam em causa bens de uma outra natureza do defendente em confronto com bens pessoais, como a vida e a integridade física do agressor.

4. O elemento subjetivo da legítima defesa

A legítima defesa exige uma efetiva consciência pelo defendente da situação defensiva³⁵¹. Não se configura como defesa nem uma proteção inconsciente e causal do agente relativamente a uma agressão nem a provocação pré-ordenada pelo defendente de uma situação de legítima defesa. Não será exigível, propriamente, um *animus defendendi*, no sentido de a defesa ser a exclusiva

³⁵⁰ A Jurisprudência portuguesa não tem uma análise diferenciada destes aspetos, na maior parte dos acórdãos. No entanto, no Acórdão do STJ de 20-abr.-2009, Proc. 303/06, refere-se, na verdade, a própria necessidade da defesa em si mesma numa situação em que a “fuga” do arguido seria possível. Nesse caso, porém, o Tribunal sentiu a necessidade de citar a condição referida pela doutrina tradicional pela voz de EDUARDO CORREIA, de que a fuga não seja desonrosa.

Excluindo a punibilidade de fuga como objeto de ponderação sobre a necessidade dos meios (Acórdão do STJ de 16-set.-2008, Proc. 08P2491). Diz-se, neste último Acórdão, citando FIGUEIREDO DIAS, “Na ponderação sobre a necessidade dos meios deve, porém, entrar-se em linha de conta com a possibilidade de fuga; escapar, não é repelir a agressão”.

³⁵¹ Vários Acórdãos mais recentes vêm afirmar que basta a consciência da situação justificante e não é requerida uma motivação exclusiva de defesa. Cf., entre outros, os Acórdãos do STJ de 27-out.-2010 (já citado) e de 22-abr.-2009, Proc. 303/06, mas não é claro que consigam aplicar esta doutrina aos casos concretos de modo compreensível.

No entanto, outros Acórdãos aderem a uma conceção subjetivista (motivacional) do *animus defendendi*, como o Acórdão do STJ de 14-mai.-2009, Proc. 389/06, em que se refere a intenção de defesa a um estado de espírito, ainda que resultante de factos objetivos indiciadores.

motivação do defendente, mas é necessário que a conduta que se opõe à agressão ilícita seja explicável como defesa na linguagem social – o que impõe uma ação conscientemente dirigida à defesa, em que a agressão seja motivo determinante do agir.

A ausência desta consciência impede a justificação por legítima defesa, mas não exclui, para parte da doutrina penal, uma atenuação de responsabilidade penal nos termos da pena de tentativa, como veremos mais à frente, em razão de se ter verificado, embora objetivamente, a proteção de bens da vítima da agressão, cuja proteção era permitida pela Ordem Jurídica. Estará então em causa a eventual aplicação analógica do artigo 38º, nº 4, do Código Penal³⁵², que expressamente comina a pena de tentativa para o agente que atue com consentimento do ofendido, mas sem consciência da existência do consentimento. E uma aplicação analógica desta norma às situações de legítima defesa não afronta o princípio da legalidade (artigos 29º, nºs 1 e 3, da Constituição e 1º, nº 3, do Código Penal), porque a alternativa que se perfila é a punição do agente pelo crime consumado.

5. O excesso de defesa e o erro

a) A ultrapassagem dos limites impostos pelo Direito ao exercício da legítima defesa, a partir de uma situação inicial de legítima defesa, gera a figura tradicionalmente designada como excesso de defesa, prevista no artigo 33º do Código Penal.

A doutrina costuma distinguir o excesso extensivo do excesso intensivo de defesa. No primeiro caso, a defesa exerce-se para além dos limites inerentes à verificação do pressuposto da legítima defesa, num momento em que já não se verifica a agressão ilícita e atual. O agente que exerceu legítima defesa, ou que a podia ter exercido, ultrapassa, no exercício da defesa, por exemplo, os

³⁵² Cf. § 11 sobre a temática geral dos elementos subjetivos das causas de justificação.

limites ditados pelo pressuposto legal da atualidade da agressão e persegue o agressor ou continua a agressão desnecessariamente. No segundo caso, no excesso intensivo, os limites excedidos são os dos requisitos da legitimidade de defesa, tal como o da necessidade do meio de defesa. Perante uma agressão ilícita, o defendente utiliza o meio mais gravoso para o agressor em vez do menos lesivo: por exemplo, a pistola em vez das mãos.

O Código Penal apenas prevê expressamente o excesso intensivo, quando se refere no artigo 33º, nº 1, ao “excesso dos meios empregados”.

b) Ainda poderá corresponder ao excesso intensivo aquela situação em que é a própria ação defensiva que não é necessária, como atrás foi considerado, sendo possível para o agente evitar a agressão. Por exemplo, o agente pode apagar a luz para que o *voyeur* não o observe na sua vida privada em vez de disparar sobre ele, apesar de o disparo ser meio necessário para repelir a agressão de quem persiste em espreitar o agente.

A doutrina tradicional, que associa a legítima defesa à defesa formal da Ordem Jurídica perante uma qualquer agressão ilícita, rejeita, liminarmente, qualquer dever de evitar agressões, considerando a ação defensiva sempre autorizada. Mantém, assim, este tipo de casos no seio do exercício legalmente permitido da legítima defesa.

Todavia, também nas situações em que uma defesa extremamente gravosa para o agressor seja evitável, sem negação relevante da dignidade do defendente, nomeadamente nos casos em que seja necessária a lesão da vida do agressor para salvaguardar um bem exterior ao núcleo constitutivo da dignidade da pessoa do defendente, a contenção dos limites da legítima defesa dentro das balizas de uma necessidade temperada com critérios de justiça, e não meramente lógica ou naturalística, é uma solução adequada à preservação de uma ordem de bens jurídicos humanista.

E, decisivamente, a referência legal ao excesso dos meios pode abarcar concetualmente a total falta de necessidade da defesa enquanto falta de necessidade dos meios empregados, apesar de ser algo mais grave ainda do que a inadequada aplicação dos meios. É esta conclusão a decorrência da ideia defendida de necessidade da defesa.

c) Já é menos claramente qualificável como excesso (extensivo) de defesa a situação de antecipação da defesa perante uma agressão ainda não atual. A defesa preventiva não chega a ser excesso, porque não se desenvolve a partir de uma situação verificada de legítima defesa, no quadro de uma ultrapassagem dos seus limites. A proximidade destas situações do excesso extensivo e o facto de elas surgirem em situações de insegurança ou medo justifica, porém, um tratamento análogo ao do excesso extensivo.

Todavia, a questão fundamental é saber se o excesso intensivo ou o extensivo que não caibam explicitamente no artigo 33º ainda assim merecem ter o mesmo regime legal, por analogia, do excesso intensivo. Ora, é duvidoso que todas as situações de excesso sejam equiparáveis às de excesso intensivo previstas no artigo 33º, quando este justifique uma diminuição da responsabilidade, como se verá a seguir.

Isto não obsta, porém, a que se identifique a defesa preventiva como causa de justificação supra-legal, como veremos mais adiante, naqueles casos em que não é possível, após o desencadear da agressão, reagir com êxito. De todo o modo, a reconhecer-se a defesa preventiva como causa de justificação supra-legal – a par, por exemplo, do estado de necessidade defensivo –, deverá introduzir-se um novo critério de ponderação, como resulta do que foi anteriormente referido, diverso do que caracteriza a legítima defesa propriamente dita: admitir-se-á apenas, porventura, a lesão de bens jurídicos ou interesses de valor igual ou inferior aos do defendente preventivo³⁵³.

³⁵³ Cf. § 11, acerca das causas de justificação supra-legais.

d) O excesso de defesa pode ter causas emocionais de diversa natureza e censurabilidade. O excesso asténico corresponde às situações de medo, susto ou perturbação. O excesso esténico aos estados de irritação, cólera ou ódio.

O artigo 33º do Código Penal, prevê, explicitamente, como se referiu, o excesso dos meios, admitindo a não punibilidade do excesso asténico não censurável e a atenuação especial facultativa da pena nos casos de excesso asténico censurável. O excesso esténico não beneficia, necessariamente, de qualquer atenuação específica da responsabilidade, podendo até ser fundamento da agravação da responsabilidade.

O excesso extensivo de legítima defesa e o puro excesso intensivo por força da necessidade de defesa não são literalmente cobertos pelo artigo 33º, nº 1, mas não está vedada, como já foi dito, uma analogia *in bonam partem*. Necessário será que razões de valor idêntico às legalmente previstas causem o excesso e atenuem a sua censurabilidade. Também não poderá deixar de se considerar se o excesso quanto à necessidade de defesa ou o excesso extensivo revelam um maior afastamento do que a figura de excesso dos meios da própria legítima defesa. Se na génese desses excessos estiver uma perturbação emocional compreensível em função, sobretudo, de uma errónea apreciação da situação, poderá justificar-se a analogia com o excesso dos meios, pois o agente tal como no excesso dos meios poderá não representar bem e controlar devidamente a situação defensiva.

e) Situação diferente do excesso é o erro sobre a legítima defesa, que se analisará mais adiante em conjunto com outras situações de erro sobre causas de justificação. Também aqui são configuráveis dois tipos de situações: o erro sobre os pressupostos ou requisitos da legítima defesa e o erro sobre a existência ou limites da legítima defesa.

No primeiro caso, o agente representa falsamente o pressuposto (a agressão atual e ilícita) ou mesmo a necessidade do meio. Pensa que está a ser agredido, quando apenas irá ser cumprimentado pelo

suposto agressor, ou pensa que a arma do agressor é verdadeira quando é de plástico, representando uma necessidade inexistente de disparar sobre o agressor. Um tal erro exclui o dolo (artigo 16º, nº 2, do Código Penal), podendo o defendente ser punido por crime negligente se o erro lhe for censurável – e, evidentemente, se o crime negligente for punível (artigo 13º do Código Penal).

No segundo caso, o agente pensa que a legítima defesa se configura de modo diverso ou com limites diversos dos estabelecidos legalmente.

Trata-se de um erro sobre as valorações vigentes no Direito e não de um puro erro intelectual³⁵⁴. Apenas a culpa do agente será afetada, eventualmente excluída, no caso de este erro não lhe ser censurável, aplicando-se o regime do artigo 17º do Código Penal. Estará então em causa, na verdade, um erro indireto sobre a ilicitude, isto é, um erro sobre a permissão.

Os resultados da aplicação dos artigos 16º, nº 2, e 17º do Código Penal, como já se referiu, são, assim, bem diversos. No primeiro erro (correspondente à chamada legítima defesa putativa), é logo à partida, excluída a possibilidade de punição por crime doloso. No segundo erro, essa possibilidade persiste – o facto doloso verifica-se (isto é, verifica-se o objeto da proibição legal correspondente ao crime doloso), mas a censura da pessoa do agente pelo facto legalmente proibido pode ser excluída ou atenuada em função de considerações de censurabilidade pessoal³⁵⁵.

f) Finalmente, as situações de erro e de excesso poderão cumular-se, como acontecerá quando se verifique um erro sobre os pressupostos ou requisitos da legítima defesa e o agente utilize conscientemente um meio desnecessário para repelir a suposta

³⁵⁴ Cf., sobre a diversa natureza do erro, DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Problema da Consciência da Illicitude*, 1969, *ob. cit.*, p. 282 e ss..

³⁵⁵ Cf., sobre o erro mais à frente, o ponto dedicado ao erro sobre as causas de justificação.

agressão. Trata-se, em suma, de um excesso de legítima defesa putativa. O agente poderá ser punido em termos análogos aos do excesso previsto no artigo 33º, nºs 1 e 2, do Código Penal, podendo ser excluída ou atenuada a sua responsabilidade. Com efeito, nesses casos, o crime doloso subsiste, apesar do erro, porque a representação errônea do agente, quanto ao pressuposto da legítima defesa, não o impede de estar a incorrer numa violação consciente dos limites legais da legítima defesa e, por isso, não se trata de uma situação pura de erro sobre o pressuposto da legítima defesa, porque sempre haveria excesso. Um enquadramento destas situações no artigo 16º, nº 2, excluindo-se o dolo seria um benefício incompreensível do excesso de legítima defesa putativa relativamente ao normal excesso de legítima defesa. Se, por outro lado, o excesso não for punível, o que só aconteceria por analogia com o artigo 33º, nº 2, subsistiria ainda assim a hipótese de o agente ser punível por crime negligente, abstraindo do excesso, se o erro sobre pressupostos ou requisitos da legítima defesa for censurável (artigo 16º, nº 3).

As duas analogias com as situações legalmente previstas não redundariam num benefício do excesso de legítima defesa putativa, o que seria como se disse, um contra senso.

Diferentemente, se a causa do excesso for o próprio erro, será excluída a responsabilidade dolosa. Assim acontecerá se o defendente supuser, erradamente, que a agressão irá continuar e voltar a disparar sobre o agressor. O excesso extensivo de legítima defesa é então absorvido pelo erro sobre os pressupostos de legítima defesa, excludente do dolo. Identicamente, se for o próprio erro a justificar a utilização de um meio mais gravoso para o agressor, verificar-se-á uma situação de erro excludente de responsabilidade por crime doloso, não sendo relevante autonomamente o excesso. Em ambos os casos subsiste a eventual punição pelo crime negligente (artigo 16º, nº 3).

6. O paradoxo da legítima defesa da autoridade pública e o cumprimento de deveres da autoridade

a) Problema que se tem colocado é o de saber se a autoridade pública exerce uma verdadeira legítima defesa ou apenas se limita a cumprir deveres quando responde a agressões, não tendo então cabimento falar-se de legítima defesa da autoridade pública em sentido próprio. Com esta perspetiva diferenciadora, admitir-se-ia que o cumprimento do dever conduziria, por um lado, a uma lógica de não desproporcionalidade menos exigente, admitindo-se intervenções da autoridade pública sobre bens pessoais que seriam inviáveis na legítima defesa dos particulares, e, por outro lado, a restrições superiores da atuação dos agentes da autoridade, tendo em conta a profissionalização e a preparação para o uso de meios letais como as armas de fogo.

Não se pode deixar de reconhecer que o cumprimento de deveres como a manutenção da ordem pública ou a detenção de suspeitos de crimes ou de condenados que se subtraem ao cumprimento da pena – sonegados, em princípio, aos particulares³⁵⁶ – há de permitir possibilidades de atuação justificadas pelos valores a atingir no exercício da competência específica dos agentes da autoridade. Há mesmo um princípio de atuação preventiva e promocional, que é estranho à conceção tradicional da legítima defesa. E, em última análise, essa atuação fundamenta-se na função específica da administração³⁵⁷, com os limites e critérios de proporcionalidade na utilização de meios e a adequação da ação aos fins e competências atribuídos pela Constituição e pela Lei.

³⁵⁶ Ressalvando-se, evidentemente, o papel subsidiário que lhes é atribuído na detenção em flagrante delito, nos termos do artigo 255º, nº 1, alínea b), do Código de Processo Penal.

³⁵⁷ Organicamente, as Forças de Segurança incluem-se na administração direta do Estado – cf. artigo 4º, nº 1, alínea a), da Lei Orgânica do Ministério da Administração Interna, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 126-B/2011, de 29 de dezembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 161-A/2013, de 2 de dezembro e 112/2014, de 11 de julho.

Nesse sentido, quer as maiores possibilidades de intervenção quer as especiais restrições derivadas de um uso preparado e profissional de meios coercivos são inevitáveis e não seriam enquadráveis na figura genérica da legítima defesa. No entanto, a ordenação lógica de valores, que constitui a espinha dorsal – e constitucional – da legítima defesa, não contende necessariamente com a atuação no cumprimento de deveres. A não desproporcionalidade da intervenção da autoridade na preservação da ordem pública, aferida pela prevalência dos direitos fundamentais, e a moderação imposta na proteção da Justiça e do Estado de Direito resultam de critérios que não são verdadeiramente distintos dos que suportam a legítima defesa, interpretada segundo o seu fundamento constitucional. Assim, a instrumentalização da Ordem Jurídica à proteção de direitos fundamentais, o entendimento do Direito como ordem de bens jurídicos hierarquizados em função da essencial e igual dignidade da pessoa humana e a exigência de necessidade, adequação e proporcionalidade na proteção de direitos à custa de outros direitos³⁵⁸ constituem limites ao cumprimento de deveres pela autoridade pública, que, nesse plano – e no essencial –, não se distingue da legítima defesa.

Superam-se, nesta construção, as dificuldades dogmáticas que levaram a doutrina alemã³⁵⁹ a referir uma verdadeira contradição nomológica, nas situações em que as leis de alguns Estados da Alemanha (*Länder*) estipulam que os direitos de defesa policial (*Notrechte*)³⁶⁰ não prejudicam a invocação da legítima defesa, assumindo um concurso verdadeiro ideal de normas. Tais dificuldades assentam na conjugação contraditória de uma perspectiva da legítima defesa concebida como tendencialmente ilimitada pela doutrina alemã, na tradição de filósofos clássicos como Kant e Hegel,

³⁵⁸ Cf., para os direitos, liberdades e garantias, o artigo 18º, nº 2, da Constituição aplicável a direitos análogos *ex vi* do artigo 17º.

³⁵⁹ Cf. MATTHIAS, J., *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, p. 320 e ss.

³⁶⁰ MATTHIAS, *ob. cit.*, p. 348.

com uma visão mais moderada da ação defensiva dos agentes da autoridade, que os impossibilitaria de invocar a legítima defesa.

Não há, no entanto, uma forçosa incompatibilidade entre o concurso, numa mesma ação, do cumprimento de deveres e da legítima defesa, enquanto esta última exprima uma função de proteção da Ordem Jurídica, embora a primeira prevaleça sobre a mera faculdade de intervenção inerente à legítima defesa. Na verdade, pode conceber-se um dever de legítima defesa de direitos por parte da autoridade pública, que transforma em preceptiva uma norma que, quando dirigida a particulares, tem uma natureza puramente permissiva. Assim, se uma pessoa qualquer pode defender outra de uma agressão ilícita mas não é obrigada a tal, um polícia tem o dever estrito de o fazer, com observância das *leges artis* da ação policial.

Por conseguinte, as normas que autorizam a intervenção da autoridade são especiais³⁶¹, ou melhor, estão numa relação de especialidade recíproca em relação às que preveem a legítima defesa. Por um lado, aquelas normas transformam em dever o que a norma geral da legítima defesa só consagra como permissão e direito; por outro lado, admitem o disparo (mesmo contra pessoas) para prevenir a prática de crime particularmente grave que ameace vidas humanas e para proceder à detenção de pessoas que representem essa ameaça e resistam à autoridade ou para impedir a sua fuga³⁶². Ora, nestes casos especiais não haveria já ou não haveria ainda lugar à legítima defesa de particulares por faltar o pressuposto da agressão ilícita e atual (isto é, em execução ou eminente). Em suma, há especialidade recíproca porque as normas sobre a ação de polícia com armas de fogo contemplam

³⁶¹ Cf., sobre uma eventual relação de especialidade normativa, em contexto idêntico, na legislação germânica, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, *ob. cit.*, p. 708 e ss., e JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *ob. cit.*, p. 397 e ss.

³⁶² As situações de perigo de agressão futura poder-se-iam enquadrar numa causa de justificação supralegal, a defesa preventiva.

apenas algumas das situações de legítima defesa e as normas da legítima defesa respeitam só a alguns dos casos de uso de armas de fogo pela polícia.

b) *Critérios reguladores da intervenção da autoridade pública na lei portuguesa. Entre o cumprimento de deveres e a legítima defesa*

A lei portuguesa espelha bem esta concomitância entre cumprimento de deveres e uma legítima defesa da autoridade pública, no Decreto-Lei nº 457/99, de 5 de novembro. Os critérios da lei são fundamentalmente de duas ordens: critérios relativos à utilização de armas de fogo em geral (isto é, não dirigidas contra pessoas) e critérios referentes à utilização de armas de fogo contra pessoas pela autoridade policial³⁶³. Em ambas as situações, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade são exigidas. No entanto, a utilização de armas de fogo contra pessoas é muito restringida³⁶⁴, não cobrindo todas as situações de legítima defesa própria ou alheia previstas no artigo 32º do Código Penal³⁶⁵, tais

³⁶³ Cf., sobre o tema, CLEMENTE, P., *Cidadania, Polícia e Segurança*, 2015, p. 79 e ss.

³⁶⁴ Segue-se a orientação de enumerar taxativamente as exceções à impossibilidade de uso da violência contra pessoas, consagrada no artigo 2º, nº 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

³⁶⁵ Sobre as relações entre o artigo 32º do Código Penal e a utilização de armas de fogo pelos agentes policiais, Maria José Leitão Nogueira refere criticamente a “afirmação” contida em alguns processos judiciais de que os critérios do Decreto-Lei nº 457/99 seriam mais restritivos, considerando a exigência específica de adequação da atividade administrativa ao fim da norma habilitante, que consistiria em prevenir ou afastar o perigo de concretização de danos sociais, e enquadrando a questão no princípio da legalidade da Administração. Porém, deixa em aberto o problema da articulação com o artigo 32º do Código Penal, citando o texto de António Henriques Gaspar, nos termos do qual a legítima defesa não poderia causar a morte do agressor senão para proteger bens que respeitem à essencial dignidade da pessoa humana: a vida, a integridade física e a liberdade substancial – cf. NOGUEIRA, M., “O uso de armas de fogo pelos agentes policiais, alguns aspectos”, em *Seminário Internacional – Uso de armas de fogo pelos agentes policiais*, 2003, p. 97 e ss.

como, por exemplo, a defesa perante crimes muito graves contra a liberdade ou a liberdade sexual e vários crimes de perigo comum, contra a segurança dos transportes ou de terrorismo.

Haverá, deste modo, uma restrição à legítima defesa decorrente dos deveres a que estão vinculados os agentes da autoridade ou significará este regime, mais radicalmente, que os agentes da autoridade nem sequer estão abrangidos pelo artigo 32º do Código Penal? Estará a autoridade pública a praticar, paradoxalmente, uma agressão ilícita quando utilizar uma arma de fogo contra pessoas para impedir, em condições de absoluta necessidade, um crime de violação ou um crime de perigo comum tão devastador como a libertação de substâncias radioativas? E, nesse contexto, poderá o próprio agressor prevalecer-se, por seu lado, da legítima defesa contra um polícia? Uma conclusão possível aponta para a prevalência dos critérios do Decreto-Lei nº 457/99 sobre o regime do artigo 32º do Código Penal (e 337º do Código Civil), de acordo com uma lógica de especialidade, retirando aos agentes da autoridade a possibilidade de atuarem em legítima defesa – própria ou alheia. Todavia, esta interpretação, embora literalmente viável, restringiria dramaticamente a possibilidade de defesa contra ofensas insuportáveis de bens jurídicos que atingem, no seu âmago, a dignidade pessoal dos próprios agentes da autoridade ou de terceiros. Desse modo, promover-se-ia uma redução desigual e contraditória da legítima defesa, uma ampliação perigosa do ilícito na atividade policial e uma tutela injustificada das condutas criminosas. Tal contradição axiológica conduziria ao paradoxo de um qualquer particular poder utilizar a legítima defesa alheia contra um agressor, oferecendo à vítima uma proteção mais adequada e abrangente do que a oferecida pela autoridade pública. Neste contexto, a atividade de segurança

Note-se que a autora não consegue, ainda assim, demonstrar que o diploma legal não impõe critérios mais restritivos do que os resultantes da interpretação de António Henriques Gaspar, que coincidem praticamente com os por mim defendidos em *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, ob. cit. (1990).

privada, por exemplo, passaria a ter uma função principal na defesa de bens jurídicos, dispondo de possibilidades de atuação vedadas às forças de segurança³⁶⁶.

Ora uma tal solução não é aceitável, nem no plano da coerência normativa do sistema jurídico nem na perspectiva da finalidade prosseguida pelas normas – a proteção de pessoas e bens e a resolução de conflitos. Assim, deve concluir-se que o intérprete (ou, se necessário, o legislador) terá de harmonizar as normas sobre a utilização de armas de fogo com as de legítima defesa³⁶⁷, não esquecendo o caráter subsidiário da legítima defesa dos particulares, como manifestação da tutela privada de direitos, relativamente à defesa de direitos pela autoridade.

Todavia, para além desta perspectiva, o que está em causa não é um alargamento arbitrário da utilização de armas de fogo pela autoridade policial – que poderia ser contrário ao Direito Europeu³⁶⁸ e às recomendações da ONU –, mas sim um regime harmonizador

³⁶⁶ Note-se, todavia, que a Lei das Armas (Lei n.º 50/2013, de 24/07) dá também uma orientação muito restritiva ao uso de armas de fogo por particulares, no artigo 42º, ao prever o seguinte: “1 – Considera-se uso excecional de arma de fogo a sua utilização efetiva nas seguintes circunstâncias: a) Como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão atual e ilícita dirigida contra o próprio ou terceiros, quando exista perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo o disparo ser precedido de advertência verbal ou de disparo de advertência e em caso algum podendo visar zona letal do corpo humano; b) Como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão atual e ilícita dirigida contra o património do próprio ou de terceiro e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo os disparos ser exclusivamente de advertência.” Esta regulação, porém, insere-se num contexto de estabelecimento de condições à utilização de armas de fogo e não se pode retirar dela uma restrição explícita dos critérios de necessidade da defesa contidos no artigo 32º do Código Penal.

³⁶⁷ O que também parece ser sustentável ante a citada Resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989, do Conselho Económico Social das Nações Unidas.

³⁶⁸ Cf., entre outros, o Acórdão do TEDH *McCann e outros v. United Kingdom*, de 27 de setembro de 1995, em que se sustentou a violação do artigo 2º da Convenção Europeia por decisões do tribunal de Gibraltar que não analisou a necessidade absoluta, mas apenas um *standard* de razoabilidade, no homicídio intencional de agentes terroristas.

do emprego de armas de fogo pelas autoridades e da sua utilização subsidiária pelos particulares. Um tal regime compreende critérios que remetem para uma lógica de insuportabilidade da não defesa, alargando o uso de armas de fogo pela autoridade, contra pessoas, à defesa de um núcleo intangível de bens inerentes à essencial dignidade humana, e restringindo, em contrapartida, a possibilidade de invocar uma legítima defesa ilimitada, através do uso de armas de fogo por particulares, quando não estiverem em causa aqueles bens. Esse núcleo intangível de bens inerentes à dignidade humana é afetado não só por atentados contra a vida e graves ofensas à integridade física, mas também por crimes graves contra a liberdade e a liberdade sexual e por lesões de bens comunitários com fortes repercussões nas condições da vida social, como sucede em vários crimes de perigo comum, contra a segurança dos transportes ou de terrorismo.

Assim, a harmonização impõe, quanto ao âmbito dos bens que justificam a utilização de armas de fogo contra pessoas, uma interpretação extensiva do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de novembro, sob pena de as contradições valorativas tornarem a atuação da autoridade pública incapaz de cumprir a sua função protetora de bens jurídicos, atribuída pelo artigo 272º, n.º 1, da Constituição e, por conseguinte, a lei ser tida como inconstitucional. Está em causa, em substância, uma interpretação conforme à Constituição, que é imposta, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade das normas, pelo artigo 80º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional.

Por outro lado, a exclusão dos agentes da autoridade do âmbito do artigo 32º do Código Penal consistiria sempre numa redução teleológica dessa norma com um efeito de alargamento do âmbito da ilicitude criminal e, por conseguinte, contrária ao princípio da legalidade, consagrado nos artigos 29º da Constituição e 1º do Código Penal.

Acresce que o resultado de uma interpretação harmonizadora não entra em contradição com o artigo 2º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na medida em que este preceito autoriza a possibilidade de matar o agressor para defesa da pessoa

contra violência ilegal – o que, numa interpretação de acordo com a fundamentação do Estado de Direito democrático na dignidade da pessoa humana, cobre os bens pessoais de um núcleo intangível em que se integram, para além da vida e da ameaça grave à integridade física, crimes graves contra a liberdade e a liberdade sexual e lesões de bens comunitários com graves repercussões nas condições da vida social, incluindo, como se disse, vários crimes de perigo comum, contra a segurança dos transportes ou de terrorismo.

Por fim, no que se refere à fórmula da ONU, apesar de mais direta e limitadora, a melhor interpretação não pode determinar uma restrição pura e simples da legítima defesa em geral nem conduzir à recusa arbitrária do exercício da legítima defesa a uma certa categoria de pessoas. Dirigindo-se ao objetivo de moderar a eventual discricionariedade da atuação dos que detêm poderes públicos, a Resolução da ONU não põe em causa a proteção do núcleo intangível de direitos inerentes à essencial dignidade da pessoa humana contra ações violentas que só possam ser contrariadas através do uso da força contra os agressores, no sentido de proteger as vítimas.

c) Conclusão sobre a interpretação do Decreto-Lei n° 457/95

A interpretação extensiva e harmonizadora do Decreto-Lei n° 457/99, de 5 de novembro, que reconhece aos agentes de autoridade a possibilidade de usarem armas de fogo e, se necessário, as dirigirem contra agressores para repelir ofensas insuportáveis de bens jurídicos inerentes à essencial dignidade da pessoa, não torna redundante e inútil aquele diploma legal. O regime tem uma dimensão procedimental e densificadora das *leges artis* da polícia no uso de armas de fogo, que o torna especial sem restringir o âmbito da legítima defesa, até porque transforma meros direitos em deveres de defesa. Além disso, e tal como se viu, o regime abarca casos em que se admite o disparo (mesmo contra pessoas) fora do estrito âmbito da legítima defesa por particulares, para prevenir a prática de crimes especialmente graves que ameaçam vidas

humanas e para proceder à detenção de pessoas que representem essa ameaça e resistam à autoridade ou para impedir a sua fuga.

7. Legítima defesa e critérios de justiça

A legítima defesa consubstancia na Ordem Jurídica critérios de justiça na defesa de direitos. Uma defesa excessiva torna-se agressão relativamente à qual se pode também exercer legítima defesa. Se razão de ser do Estado é a necessidade de um poder independente e imparcial para prevenir e reprimir as violações de direitos, a legítima defesa é subsidiária da intervenção do poder público, em caso de estrita necessidade (nomeadamente quando a força pública não pode ou não quer injustificadamente intervir).

O poder privado de defesa radica na necessidade de preservar a dignidade e a autonomia da pessoa e os seus direitos. Mas uma defesa elevadamente desproporcionada e imoderada, que atribua valor absoluto a qualquer direito, independentemente da natureza deste, da sua disponibilidade ou não disponibilidade e da sua conexão com a dignidade da pessoa, dificilmente realiza a segurança jurídica. Uma tal defesa torna-se potenciadora de infundáveis conflitualidades sociais e de “reinos de poder privado”, que, em nome da ordem e da segurança, institucionalizam a violência e dissolvem o Estado de direito democrático.

Tal como FIGUEIREDO DIAS já dizia no seu texto “Legítima Defesa”³⁶⁹, na *Enciclopédia Polis*, “os ventos da renovação” da doutrina penal sobre a legítima defesa têm como preço inevitável uma certa instabilidade e insegurança. Todavia, essa insegurança é, como aquele autor refere, a contrapartida de um envolvimento solidário, “o reflexo do trânsito de uma conceção marcadamente individualista para uma mundividência social ou solidarista, que se observa no âmbito criminal”.

³⁶⁹ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, “Legítima Defesa”, em *Enciclopédia Polis*, text. cit..

A essa mundividência solidarista acrescerá, sem dúvida, o reconhecimento de novos direitos e de novos espaços de desenvolvimento da pessoa na sua plena dignidade. Ofensas tradicionalmente irrelevantes, discriminações sociais das mulheres, dos mais fracos, dos diferentes, das minorias, dos estrangeiros, adquiriram na nova consciência social uma insuportabilidade absoluta que alargará, inevitavelmente, os bens que constituem objeto de uma legítima defesa irrestrita e os critérios de determinação da necessidade de defesa e dos meios de defesa.

A legítima defesa, porém, não deverá funcionar como a alternativa de uma deficiente ética de respeito e de responsabilidade pelo outro. A necessidade de criar condições para uma redução das situações de exercício privado de poder é o pressuposto das opções sobre a configuração da legítima defesa nas sociedades contemporâneas. A renovação solidarista e humanista da legítima defesa, a sua excecionalidade e moderação, dependem, afinal, da integração no relacionamento entre os indivíduos de uma ética do respeito pela diferença e pela humanidade de cada pessoa.

Deste modo, é também uma responsabilidade coletiva tanto restringir as representações e as condições que suscitam um exercício imoderado de legítima defesa como reconhecer o exercício legítimo da mesma por vítimas condenadas ao silêncio, em situações que os valores tradicionais consideravam justificadas, mas que correspondem à total negação da cidadania³⁷⁰.

³⁷⁰ Como é obviamente o caso das situações de prepotência familiar e de violência conjugal.

B – Direito de necessidade³⁷¹

1. Referência histórica: o estado de necessidade e o direito de necessidade

A linguagem com que, no artigo 34º do Código Penal, se descreve o estado de necessidade justificante é o produto da elaboração dogmática da figura pela teoria penal europeia do século XX.

É importante compreender o que a doutrina penal introduziu de novo no tratamento das questões materiais da justificação por estado de necessidade, relativamente ao Código do século XIX. O ponto de partida para averiguar as alterações sofridas pelo estado de necessidade é a análise das perspectivas sobre a solução do conflito entre bens jurídicos, em que o legislador favorece, decisivamente, o agente cujos bens estão em perigo, negando o direito de legítima defesa daquele cujos bens são sacrificados (para afastar esse perigo).

Uma tal tarefa implica que nos envolvamos no espírito da justificação em estado de necessidade no Código de 1854/86 e que, num segundo momento, explicitemos as referências teóricas da linguagem do artigo 34º do Código Penal de 1982.

A doutrina relativa ao Código Penal de 1854/86 costumava aceitar que o artigo 44º, nº 2, que mencionava uma situação de “medo insuperável”, não previa uma causa de exclusão da ilicitude, mas sim uma causa de exclusão da culpa, apesar de no corpo do artigo 44º se utilizar a expressão “justificam o facto”.

A referência a ser dominado por medo insuperável acentuaria a restrição da inteira liberdade da vontade, pressuposto da culpa, no artigo 26º, do Código de 1886, e a menção do mal igual ou

³⁷¹ A presente abordagem do direito de necessidade utiliza, com pequenas alterações, o texto “O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982”, publicado em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº 3, 1984, pp. 173-206.

superior seria uma ponderação de valores inadequada como critério de justificação³⁷².

A estrutura do artigo 44º, nº 2, do Código de 1886 era, no entanto, singular: por um lado, parecia querer dar um tratamento à coação moral³⁷³, ao indicar o medo – causa meramente psicológica – e a sua insuperabilidade – expressão de cariz psicológico – em confronto com o carácter físico da irresistibilidade utilizada no nº 1³⁷⁴, por outro lado, associava o medo a um mal igual ou maior, incluindo, diretamente, um critério de ponderação objetiva de valores ou bens, próprio da ilicitude, conforme a teoria da ilicitude objetiva, mas inadequado para fundamentar a justificação.

Tal singularidade suscitava, naturalmente, a dúvida sobre se da lei resultava uma causa de exclusão da culpa com uma particular restrição objetiva (a igualdade ou superioridade do mal), derivada de exigências ético-sociais³⁷⁵, ou se o legislador teria admitido

³⁷² Nesse sentido se expressavam CORREIA, E., *Direito Criminal*, II, cit., pp. 98-112 e FERREIRA, M. CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português*, I, cit., p. 386; mas num sentido diverso SANTOS, J. BELEZA DOS, *Obstáculos à ilicitude e culpabilidade* (*Lições de Direito Criminal*, 1949), p. 110.

³⁷³ O artigo 44º, nº 2, foi introduzido pela reforma de 1884 e modificava a formulação do artigo 14º, nº 2 do Código de 52, que só previa a coação por força irresistível, a qual dificilmente abrangeria a coação moral (assim FERRÃO, J. SILVA, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Português comparado com o Código do Brasil, Leis Patrias, Codigos e Lei Criminais dos Povos Antigos e Modernos*, I, 1856, p. 86). O sentido da reforma foi introduzir o tratamento da coação moral (cf. CORREIA, E., *ob. cit.*, II, p. 103).

³⁷⁴ A associação de um carácter físico à “irresistibilidade” correspondia à ideia de que só a coação física seria “absoluta” e, por isso, irresistível. Nesse sentido FERRÃO, F. DA SILVA, *Theoria do Direito Penal comparado com o Código do Brasil, Leis Patrias, Codigos e Lei Criminais dos Povos Antigos e Modernos*, *ob. cit.*, p. 66. (Pode, todavia, estar em questão, se, em sentido moral, pode haver força tal, que seja irresistível. Em termos absolutos, não há força moral, a que não possa resistir a firmeza do espírito humano; portanto não há violência que exclua a vontade – *Coactus voluit sed voluit*, diziam os estóicos). Também, exprimindo a mesma ideia a propósito de preceitos semelhantes do Código espanhol, PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, tomo I, 1848, p. 183.

³⁷⁵ Assim era já entendido por SILVA, HENRIQUES DA, *Lições*, 1887, p. 550; Também FERREIRA, CAVALEIRO DE, *ob. cit.*, p. 387, e criticamente CORREIA, E., *ob. cit.*, II, p. 106.

uma causa de exclusão da ilicitude em que a referência ao medo se explicaria como índice social da gravidade objetiva dos males, significando apenas aquele estado que normalmente a lesão de certos bens jurídicos suscita na generalidade das pessoas³⁷⁶.

O facto de o corpo do artigo 44º explicitar que “as figuras a seguir descritas justificam o facto” e de a exigência da “realidade do mal” ser requisito do estado de necessidade, no artigo 45º, retiravam a obviedade à primeira interpretação³⁷⁷.

É óbvio, no entanto, que o legislador do Código do século XIX tinha um entendimento sobre a palavra justificar diferente do entendimento atual³⁷⁸, o que estaria relacionado com diferenças essenciais sobre a função do sistema jurídico e as suas relações com os sujeitos nele participantes.

A fonte histórica mais claramente explicativa da *ratio* do artigo 44º, nº 2, do Código de 1886 é a doutrina dos comentadores franceses sobre a coação, segundo a qual a coação física se deveria equiparar a moral, se a coação proviesse de causas exteriores ao agente³⁷⁹. Essa doutrina inspirou diretamente SILVA FERRÃO já quanto à interpretação do artigo 14º, nº 2, do Código de 1852 e impôs a criação do nº 2 do artigo 44º pela Reforma de 1884³⁸⁰.

O pensamento que levava à equiparação da coação física à moral apoiava-se no facto de a coação moral supor uma afetação da vontade livre do sujeito, tornando-se, assim, a punição do ato

³⁷⁶ É esse o pensamento de SANTOS, BELEZA DOS, *ob. cit.*, p. 110.

³⁷⁷ Com efeito, a “realidade do mal” é indiferente para uma mera exclusão da culpa em que afinal o que se questiona é saber se a força da representação do mal no espírito do agente foi tal que ele não podia orientar o seu comportamento num sentido diferente, nem tanto lhe deveria ser exigido.

³⁷⁸ O entendimento da teoria da ilicitude objetiva, segundo o qual é em princípios como o da ponderação de interesses que se fundamenta a exclusão da ilicitude, não importando a representação do agente. CORREIA, E., *ob. cit.*, pp. 273-278.

³⁷⁹ Assim, CHAVEAU, A./HÉLIE, F., *Théorie du Code Pénale*, I, cit., Cap. XV, p. 585.

³⁸⁰ FERRÃO, F. DA SILVA, *ob. cit.*, I, p. 86.

coagido, não a punição do crime, mas a punição da pusilanimidade, somente objeto de reprovação moral³⁸¹.

A este argumento equiparava-se um outro, segundo o qual seria ineficaz a ameaça penal ao sujeito coagido e, portanto, seriam ineficazes as penas³⁸².

As preocupações de sistema demonstradas por ambos os argumentos não são, como se vê, específicas do sentido dado hoje à expressão causa justificativa, sendo, até, mais próprias das causas de exclusão da culpa.

O que há de curioso, no confronto com a distinção atual entre causas de justificação e de exclusão da culpa, é o tipo de preocupações de coerência e eficácia do sistema das eximentes que o *Code Pénal* levantava.

Enquanto se trate de ver na causa de justificação um problema de permissão de uma conduta, as razões materiais da sua definição serão sempre fundamentalmente atinentes à posição de terceiros.

A coerência do sistema será, quase exclusivamente, baseada na expectativa de terceiros quanto às possibilidades do respetivo comportamento. Diferentemente, num sistema do tipo do *Code Pénal*, os problemas postos por uma conceção do facto justificativo como mera defesa do agente são problemas de justiça da censura desse agente.

Até certo ponto, as duas perspetivas são conjugáveis, na medida em que através de uma causa de exclusão da culpa, no sentido atual, parece resolver-se simultaneamente o problema de justiça em relação ao agente – não punindo – e a segurança das expectativas em relação a terceiros, permitindo a legítima defesa destes. Mas também é verdade que, de imediato, se enxerga a vulnerabilidade

³⁸¹ CHAVEAU, A./HÉLIE, F., *ob. cit.*, pp. 192-195.

³⁸² Assim, CHAVEAU, A./HÉLIE, F., *cit.*, p. 595: “Il est certain que nul n’a le droit de nuire à autrui, même dans le but d’éviter un mal quelconque pour soi même. Mais la loi peut-elle exiger de chaque individu la fermeté de caractère nécessaire pour surmonter la terreur des menaces?”. No mesmo sentido também se exprime PACHECO, *ob. cit.*, p. 181.

do sistema, na posição algo contraditória perante os destinatários do Direito, considerando-os inocentes e simultaneamente não lhes reconhecendo o direito de defesa em face de quem reaja contra este comportamento inocente, exercendo a tutela privada de um direito.

No sistema do *Code Pénal*, este tipo de coerência não era buscado sequer. A justificação dizia respeito ao “julgamento” do agente, segundo o merecimento, baseado nas respetivas possibilidades de ação. A lógica da coação moral tal como a da legítima defesa não era entendida a partir das necessidades de coesão social, mas sim a partir do respeito pelo instinto de sobrevivência. Aquilo que, na legítima defesa, por exemplo, justificava a isenção da responsabilidade era a irremediabilidade, através dos meios de justiça, da perda do bem jurídico essencial para a afirmação da existência da pessoa, perda essa que em caso algum poderia ser imposta pelo Direito³⁸³. A utilização da legítima defesa para a defesa de bens patrimoniais, por seu lado, era inadequada, porque seria sempre possível utilizar os recursos de perseguição e reparação do processo judicial³⁸⁴.

Ora, com este pensamento, estava ausente da legítima defesa qualquer função de reparação da Ordem Jurídica, impondo-se, diferentemente, a avaliação das condições motivacionais do agente para cumprir a norma que lhe era destinada.

Neste contexto, compreende-se que o legislador do século XX tivesse ligado ao termo justificação toda a matéria que dizia respeito à ausência dos pressupostos de responsabilização individual, reservando para a “excuse” a função de, em concreto³⁸⁵, atenuar ou até chegar a isentar de responsabilidade, quando razões atípicas,

³⁸³ CHAVEAU, A./HÉLIE, F., *ob. cit.*, p. 194. Trata-se de uma posição defendida por uma sucessão de filósofos (BACON, Collection of Some Principal Rules and Maxims of the Common Law”, em *The Elements of the Common Lawes of England*, 1630, reg. 25; BENTHAM, J., *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring 1843).

³⁸⁴ CHAVEAU, A./HÉLIE, F., *ob. cit.*, pp. 497-498.

³⁸⁵ CHAVEAU, A./HÉLIE, F., *ob. cit.*, pp. 498-499.

não erigíveis em causas gerais de exclusão da responsabilidade, ou razões formais, associadas a presunções de desculpa (por exemplo a idade), fundamentassem o levantamento da punição³⁸⁶.

Mas, apesar dos diferentes sentidos do justificar, o confronto entre esta justificação do Código do século XIX e a justificação concetualizada sob os pressupostos sistemáticos utilizados pela teoria da ilicitude objetiva, desenvolvida pelo sistema clássico de LISZT/BELING e posteriormente pelos sistemas neoclássico e finalista, leva-nos a procurar saber se “justificar” perante o pensamento inspirador do Código antigo, e “justificar” no sentido atual, atrás referido, podem ser diferentes nas consequências quanto à legítima defesa.

Quando se interpretou “justificar” no artigo 44º, como ausência de condições individuais de aplicação da norma, poder-se-ia estar somente a prever aquilo que, em termos mais modernos, se chama exclusão da culpa, com a consequente negação do direito de legítima defesa ao desculpado? A colocação do problema, ao nível das condições de aplicação da norma, e não da capacidade pessoal sugere ainda, todavia, uma definição objetiva (relacionada com uma ponderação a partir de bens, interesses ou valores) da situação de responsabilidade do agente. Haverá uma proximidade com um conceito amplo e fraco de justificação? Mas será essa definição compatível com uma qualquer equivocidade (baseada em interesses gerais de coesão do sistema) que viesse, posteriormente, a negar a esse agente o direito de legítima defesa?

Introduziu o Código de 1982 alterações que modificaram essencialmente o conceito de justificação por estado de necessidade reduzindo essencialmente o seu âmbito? Entre o estado de necessidade e o chamado direito de necessidade existe uma diferença essencial?

2. O artigo 34º do Código Penal de 1982. A introdução de um direito de necessidade e o critério da ponderação de interesses

a) O sentido fundamental do direito de necessidade reclama ainda a comparação com o Direito anterior a 1982. O regime anterior admitia a exclusão da responsabilidade segundo uma linguagem diferente do artigo 34º, nas situações de mal igual. É permitida pelo artigo 34º ainda a provocação de um mal igual ao que se pretende evitar?

O artigo 34º responde através de vários passos. A alínea b) do artigo 34º estabelece como requisito da justificação que o interesse a salvar seja sensivelmente superior ao sacrificado. A eventual coincidência entre a palavra interesse e a palavra mal tem contra si alguns prejuízos da teoria penal.

A formulação do artigo 34º, que reduz ao conflito de interesses o conflito de que se trata no estado de necessidade justificante, tem por detrás a rejeição doutrinária de uma mera comparação do peso relativo dos bens jurídicos em colisão, como a que está presente no artigo 339º do Código Civil³⁸⁷.

O sentido dessa rejeição foi, num autor antigo, MERKEL, o de tornar a decisão do conflito uma decisão sobre o valor concreto dos bens jurídicos³⁸⁸, para o que contariam fatores como a intensidade provável da lesão do bem jurídico, o grau de perigo, a proximidade do perigo a que os bens poderão estar sujeitos.

Num outro sentido, proposto por doutrina mais recente, a ponderação de interesses ultrapassa toda e qualquer referência aos bens jurídicos, para se configurar como um levantamento de pontos de vista juridicamente sustentáveis sobre a situação de facto, em que o que deverá ser decidido é qual dos pontos de vista melhor satisfaz os interesses da Ordem Jurídica. Na linguagem

³⁸⁷ Cf. SERRA, A. VAZ, *Responsabilidade Civil*, 1959, p. 8 e ss..

³⁸⁸ MERKEL, R., *Die kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, 1895, p. 41 e ss. Sobre isso LENCKNER, T., *Der rechtfertigende Notstand*, *ob. cit.*, p. 52.

de LENCKNER, uma norma semelhante ao artigo 34º poderá querer significar que o interesse da Ordem Jurídica na prática de uma intervenção salvadora de um bem jurídico prevalece sobre a omissão de uma conduta proibida, sendo a perspectiva do interesse da Ordem Jurídica a decisiva³⁸⁹. Assim, para LENCKNER, podem intervir na ponderação fatores que nada têm a ver com o valor concreto dos bens jurídicos, mas que respeitam apenas ao valor da lesão para a Lei e, consequentemente, a interesses gerais da Ordem Jurídica. Um caso marcante desta distanciação da ponderação de interesses em relação à comparação do valor de bens jurídicos é o caso de doação compulsiva de sangue para salvar vidas³⁹⁰. Aí, não é o maior ou menor valor da integridade física ou liberdade em relação à vida o que decide sobre a justificação, mas o interesse em que ninguém seja utilizado como meio ao serviço de outros fins. Não se trata, assim, do interesse particular de alguém, mas do interesse geral, do interesse da Ordem Jurídica em salvaguardar a proteção da dignidade da pessoa humana.

A perspectiva de LENCKNER subjetivava, no entanto, o juízo de ponderação, a um ponto que não pode ser já considerado legítimo. A redução do critério do conflito de interesses a uma escolha do interesse mais pertinente para a Ordem Jurídica é uma confusão entre o objeto do juízo e o próprio juízo, mostrando uma falta de ancoragem dos valores na realidade social, no conflito e interação entre os sujeitos jurídicos.

A prevalência do interesse da Ordem Jurídica na decisão pela proteção de um bem jurídico é somente a conclusão da aplicação do critério da Lei (qualquer que ele seja) e não o próprio critério da Lei. Se o critério da Lei fosse a formal prevalência do interesse

³⁸⁹ LENCKNER, T., *ob. cit.*, p. 150.

³⁹⁰ Sobre o tratamento deste caso, muito discutido na reforma do direito alemão cf. LENCKNER, T., *ob. cit.*, p. 68, com referência a GALLAS que na “Grande Comissão para a reforma do Direito Penal” (Grosse Strafrechtskommission) rejeitou o tratamento deste caso como de estado de necessidade por motivos éticos (cf. *Niederschriften*, vol. 12, GALLAS, W., p. 164).

da Ordem Jurídica, ele seria profundamente vazio, porque não indicava por um critério substancial como se poderia determinar qual o interesse preponderante da Ordem Jurídica. Estaríamos perante uma tautologia.

No artigo 34º do Código Penal, o conflito de interesses previsto na alínea b) é, de facto, bem marcadamente, um conflito que não engloba todos os interesses emergentes na situação, englobando interesses gerais da Ordem Jurídica. Se assim não fosse, não se compreenderia a introdução de um critério corretor na alínea c), em atenção à natureza ou valor do interesse a ser sacrificado pelo estado de necessidade. Esse critério é precisamente a indicação de um interesse determinado da Ordem Jurídica que não se reduz a qualquer interesse sustentável em relação direta com os bens jurídicos. Por outro lado, o conceito de interesse que o artigo 34º utiliza não parece poder significar interesse da Ordem Jurídica, porque o legislador descreve os interesses a salvaguardar, no corpo do artigo, como interesses do agente ou de terceiro; e, em rigor, a expressão interesse da Ordem Jurídica não se identifica perfeitamente com a de interesse de alguém. O conceito de interesse refere-se a uma posição de vontade sobre uma coisa de que se carece³⁹¹ e não pode abranger todo e qualquer valor defensável na situação de conflito, mas não atribuível a uma vontade. Só simbolicamente se poderá utilizar a expressão interesse da Ordem Jurídica³⁹².

³⁹¹ Assim, MEZGER, E., *Lehrbuch*, *ob. cit.*, p. 198.

³⁹² Contra HUBMANN, “Grundsätze der Interessenabwägung”, em *AcP*, 1956, inserida em *Wernung und Abwägung*, 1977, p. 61, que defende que o interesse é uma “relação de particulares ou grupos ou da sociedade organizada” para com os bens ou valores, *loc. cit.*, p. 62. Quando se utiliza esta linguagem esquece-se, no entanto, que os interesses da sociedade em si ou da Ordem Jurídica só são descrições possíveis, na medida em que exprimem um prisma de síntese de um observador sobre tendências ou carências sentidas pelos indivíduos de um grupo social. Falar em interesses de um ponto de vista estritamente objetivo, como quando se utiliza a expressão interesse de classe, na base de uma teoria da história da sociedade, tem geralmente o fim de fazer aderir o sentimento do destinatário desse discurso, isto é, fazer reconhecer qual o verdadeiro (embora não sentido) interesse de alguém. A função da palavra parece, assim, ser, senão a de exprimir, pelo menos a de criar a apetência para algo de um agente social.

O que é que, então, a expressão interesse sensivelmente superior da alínea b) do artigo 34º do Código Penal significará? Poder-se-á provocar um mal igual defendendo ainda assim um interesse sensivelmente superior no sentido do artigo?

Aparentemente, a perspetiva em que se estabelece um confronto entre males é mais objetiva, pois dela resulta a comparação entre danos previsíveis. A perspetiva do interesse parece ter em consideração a posição das vontades intervenientes, perante o que se salvaguarda ou sacrifica. Mas é óbvio que os interesses comparáveis exigem uma redução objetivista do conceito, de forma que por interesse se deva entender aquilo que é reconhecido como interesse e, por isso, juridicamente protegido.

Na esfera de proteção que envolve um bem jurídico, podem identificar-se múltiplos interesses dignos de proteção, para além do núcleo mais diretamente ligado à substância do bem. Por exemplo, interesse na perfeição do bem jurídico ou em certa utilização particular; o domínio da integridade física, o interesse em ser e continuar a ser belo ou pura e simplesmente não cansar o corpo (direito à preguiça); no domínio do património, os interesses pessoais (sobrevivência e manutenção) associados à proteção da propriedade. A perspetiva que acentua a proteção dos interesses permite desmembrar o conteúdo do bem jurídico nos seus múltiplos reflexos para com os respetivos titulares. Na própria definição do efeito lesivo sobre o bem jurídico, repercute-se esta acentuação subjetivista conexionada com o conceito de interesse, de forma que a importância do dano não pode ser desligada da sua relevância para o lesado, desde que corresponda a um interesse juridicamente protegido³⁹³.

³⁹³ Ao conceito de interesse está ligada, de facto, uma dimensão subjetiva na teoria do direito. De um modo geral, o interesse é definido pela carência e apetência para algo ou desejo de conservar esse algo (veja-se citação de autores que o fazem em HUBMANN, "Grundsätze der Interessenabwägung", *text. cit.*, p. 61). Esta irrenunciável dimensão de subjetividade pode ter sido o cavalo de batalha das tendências concetualistas, que pretendem, frequentemente, reduzir o interesse aos valores

O confronto entre males (no sentido de danos), ao ser sujeito à perspetiva dos interesses, poderá permitir que dois danos de dimensão comparável, na integridade física, sob uma perspetiva "objetivista", se distingam pela importância de cada um deles na esfera dos interesses juridicamente protegidos. Se alguém, para evitar perder o ordenado, der um empurrão a uma pessoa que se encontra entre ele e o ladrão, partindo-lhe os óculos, muito caros, mesmo assim o interesse em salvaguardar o ordenado deve preponderar, embora o dano patrimonial seja igual (ou até superior) ao que o dono dos óculos sofrerá. Parece igualmente uma imposição de justiça que o interesse de uma pessoa descansar do trabalho, durante a noite, prepondere sobre o interesse do vizinho em ouvir muito alto uma aparelhagem até altas horas, para se divertir.

Mas esta dimensão subjetivista do dano, que o conceito de interesse possibilita, levará mais a uma redefinição do conteúdo dos bens jurídicos e do dano objetivo e menos à afirmação de que males iguais suportam interesses sensivelmente diferentes. Será, no entanto, muito mais moldável (subjetivizável) a formulação do artigo 34º do que a do artigo 339º do Código Civil, por exemplo.

b) Uma pergunta inultrapassável, neste contexto, é saber se os casos clássicos de vida contra vida, que justificam, geralmente, a discussão sobre se a defesa de um bem igual exclui a ilicitude, poderão merecer, também, um tratamento diferenciado, isto é, se a vida de alguém poderá constituir um interesse sensivelmente superior em relação à de outrem e em que, em alternativa, ninguém se salvaria.

que constituem o seu objeto (assim, HUBMANN, *text. cit.*, p. 61 e ss.), mas assim se destrói, geralmente, o que há de específico no conceito de interesse, que é o reflexo subjetivo (de acordo com as necessidade e apetências individuais) dos valores sociais.

O problema que a aplicação a estes casos do artigo 34º levanta é o de, em certas situações, a igualdade do valor entre vidas, que, como princípio geral, tem uma forte fundamentação racional, chocar com parecer também racionalmente justificável a salvaguarda de algumas vidas em detrimento de outras, em situações de extremo conflito, em que alguém só se pode salvar à custa de outrem.

A dúvida e a discussão moral só existe na medida em que dois sentimentos contraditórios sobre o que é racional colidem. Por um lado, parece que não se poderá quebrar, em caso algum, o princípio de que todas as vidas têm igual valor, por outro lado, parece ser uma sujeição irracional a um princípio (em si racional) o deixar perecer certas vidas, sem que isso possa contribuir para salvaguardar outras – quando, no entanto, à custa dessas outras vidas as primeiras se poderiam salvar.

As situações em causa são aquelas em que o perigo que é necessário afastar, para que alguém se salve, envolve a perda de outra ou outras vidas, que já não têm salvação possível. Noutras situações, a dúvida pode também surgir por existirem certos elementos a favor de um dos sujeitos do conflito que envolvem uma tendência para tomar partido por ele desfavorecendo outrem. Em qualquer dos casos não parece poder partir-se de um princípio diferente do da igualdade entre vidas. Esse é um princípio que, por imperativos históricos, éticos e constitucionais³⁹⁴, tem de ser

³⁹⁴ Da consagração constitucional do direito à vida e do direito à igualdade assim como do princípio da dignidade da pessoa humana, resulta logicamente a igualdade absoluta do valor das vidas humanas. O fundamento desta ideia é, no plano político-constitucional, o facto de a organização do Estado Democrático se justificar ou legitimar exclusivamente na preservação dos direitos e interesses de todos os seus membros (contrato social) e não na prossecução de quaisquer ideais específicos, como um objetivo religioso (a divulgação de uma fé, por exemplo) ou político (a realização de uma certa forma de sociedade), etc.. O igual valor de todos os membros da sociedade política surge como uma premissa lógica da democracia, na medida em que está ausente de explicação racional do poder político qualquer divinização ou atribuição de fins transcendentais. A igualdade e a igual dignidade de todos resulta do interesse de cada um na preservação da sua pessoa (no seu

entendido como um pressuposto indiscutível. A discussão reside, no entanto, na sua aplicação³⁹⁵.

A primeira situação corresponde à “fábula filosófica” do homem gordo que se entalou no buraco que constitui a saída de uma caverna, não podendo sair nem deixando os outros acompanhantes fazê-lo, só sendo possível resolver o caso através de uma explosão que liberte a saída da caverna, estoirando, simultaneamente, o homem gordo³⁹⁶.

sentido mais pleno) (sobre a fundamentação da moral da igualdade e do respeito mútuo, base da democracia, TUGENDHAT, E., *Probleme der Ethik*, 1984, p. 156 e ss.). Para além do fundo político do princípio do igual valor das vidas humanas, existe uma fundamentação cultural que se afirmou historicamente, através da concepção de Pessoa do Cristianismo (atribuindo ao Cristianismo o fundamento do princípio, GALLAS, W., “Pflichtenkonflikte im Strafrecht”, em *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, 1954, pp. 311-335), embora outras visões do ser humano, desde a Antiguidade, se encaminhassem no mesmo sentido, como, por exemplo, a da filosofia estoica. A fundamentação cristã do princípio (a qualidade de filho de Deus de todas e cada pessoa), é, obviamente, alheia ao sentido moderno da afirmação do princípio. A referência ética para o princípio mais decisiva é o pensamento de KANT com a afirmação da Pessoa como fim em si mesmo (KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, ob. cit., pp. 66-67). A indiscutibilidade do princípio referido é somente a que resulta do fundamento de legitimidade do Estado e desta linha cultural irrenunciável, que por via laica ou religiosa, se impôs já em princípios aceites, pelo menos formalmente, pela comunidade internacional (vide, *Declarações Universais dos Direitos Humanos* e *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*).

³⁹⁵ Uma questão própria da aplicação do princípio é, por exemplo, a de saber se o confronto entre uma vida e várias vidas deve conduzir à afirmação de que vale tanto uma vida como várias vidas. A esta questão concreta não dá diretamente resposta a tradição ética e da filosofia política citada na nota anterior. Com ela, no entanto, faz-se emergir o debate da ética entre o pensamento utilitarista e a linha adversária. É exemplo disso o debate entre FOOT, P., e ANSCOMBE, “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, em *Oxford Review*, 1967; cf. HART, H., “Death and Utility” (*Practical Ethics*, *The New York Review*, May, 1980, p. 25 e ss.). De um modo geral, sobre o debate do utilitarismo, cf. BRITO, J. SOUSA E, “Droit et Utilité chez Bentham”, em *Filosofia do Direito*, 1981/82, p. 289.

³⁹⁶ Exemplo referido por FOOT, P., por influência de HART, H., em “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, *loc. cit.*, p. 7. São muitos os casos de referência da teoria penal sobre o problema do conflito entre vidas, desde o exemplo de CARNEADES. Casos de referência que foram objeto da jurisprudência são, por exemplo, o dos médicos alemães que colaboraram na morte de alguns doentes

Claro que o caso académico contém, inconscientemente, um certo desprezo pelos “homens gordos” pressupondo uma espécie de culpa pelo seu corpo. Mas é ou não racional fazer estoirar “o homem gordo”?

Se se respeitar o princípio de que nenhuma vida vale mais do que outra e nada se fizer contra o “homem gordo” alguém tirará proveito do referido princípio?

Certamente que os companheiros do “homem gordo” ficariam prejudicados, porque o respeito pela vida em geral lhes custaria a própria vida.

E o “homem gordo”?

O respeito pelo princípio permitir-lhe-ia viver mais tempo (o que naquela situação não seria muito agradável!) ou evitar-lhe-ia uma morte brutal (com a explosão) em vez de uma morte mais lenta com uma lenta agonia.

As vantagens que o “homem gordo” teria em permanecer entalado dependeriam basicamente da opinião dele e pode pensar-se que é legítimo discutir a solução do caso, apenas nessa base, em sociedades onde a vida não é um bem disponível. Mas não depende apenas da opinião do homem gordo o valor da sua vida para o Direito.

Se a razão de ser do princípio da igualdade entre vidas for a própria auto-conservação individual (como em HOBBS)³⁹⁷, isto é, a necessidade última de tornar possível a sobrevivência de todos,

mentais incuráveis que Hitler mandara exterminar, supostamente para evitar que outros fossem também exterminados (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen*, vol. 1, 1948, p. 321; 2, p. 117; GALLAS, W., *Pflichtenkollision*..., *text. cit.*, pp. 59 a 71) e o caso Holmes – que deu ordem para deitar ao mar alguns homens, para salvar os restantes, num naufrágio (cf. WILLIAMS, G., *Criminal Law. The General Part*, *ob. cit.*, p. 740).

³⁹⁷ Em HOBBS existe segundo o pensamento filosófico moderno uma verdadeira antropologia, segundo a qual a essência do ser humano é a auto-conservação (HINSCH, D., *Selbstverhältnisse*, 1981, p. 84). Assim, diz HOBBS: If a man by the terror of present death, be compelled to do a fact against the law, he is totally excused, because no law can oblige a man to abandon his own preservation. And supposing

e sobretudo dos mais fracos, então, seguramente que a violação do princípio não abalaria o sistema social, nem seria um perigoso precedente contra as garantias individuais. Obviamente que algumas condições teriam de estar verificadas com total certeza, como, por exemplo, o homem gordo estar efetivamente condenado e não ser possível uma outra solução de salvamento pelos companheiros. E sem que, igualmente, haja um sofrimento acrescido pelo modo como a morte seja produzida³⁹⁸.

Uma situação um pouco diferente demonstra o perigo para os direitos individuais de raciocínios utilitaristas. Trata-se do caso de dois homens num balão em que, não saltando um deles, morreriam ambos³⁹⁹, mas em que é impossível salvarem-se os dois ou o problema suscitado pelo caso dos “gémeos da Madeira”, em que, numa gravidez resultante de tratamento médico, a quantidade elevada de gémeos impediria a sobrevivência de todos mas seria possível a de apenas alguns deles⁴⁰⁰. No primeiro caso, qualquer um deles só está inevitavelmente perdido se o outro não saltar, mas, à partida nenhum está mais condenado do que o outro. A estes casos se pode também associar para efeitos de análise o do abate de aviões sequestrados com os seus passageiros e dirigidos a alvos humanos⁴⁰¹.

such a law were obligatory; yet a man would reason this, if I do it not, I die presently, if I do it, I die afterwards; therefore by doing it, there is time of life gained; nature therefore compels him to the fact” – *Leviathan*(1651), Cap. 27, em *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart* (London: Bohn, 1839-45), 11 vols. Vol. 3, disponível em <http://oll.libertyfund.org/titles/585>, consultado pela última vez em 17/03/2017.

³⁹⁸ Com efeito, no texto que serviu de inspiração ao presente não considere este aspeto, que, hoje, reputo de essencial.

³⁹⁹ Cf. KÜPER, W., *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, p. 48 e ss..

⁴⁰⁰ Sobre o caso dos gémeos da Madeira, cf. PEREIRA, R., em “Torres, gémeos e duplo efeito”, *Diário de Notícias – Sociedade*, 12 de Março de 2002.

⁴⁰¹ Sobre a questão do abate de aviões, cf. PALMA, M. FERNANDA, “Dos fundamentos da normatividade na Filosofia ao problema do enquadramento pelo Direito do terrorismo”, *Anatomia do Crime*, n.º 4, 2016, pp. 23-29.

Neste último caso, a escolha é, porém, entre um mal de muitos e o inevitável mal de alguns.

No caso do “homem gordo”, nenhuma pessoa e a sociedade em geral beneficiariam, essencialmente, do respeito pelo princípio, já que as pessoas sentiriam como os princípios podem ser tirânicos e muitas não perceberiam em que é que as garantias individuais em geral se preservariam com a morte dos companheiros.

Noutros termos, o que o caso do “homem gordo” parece demonstrar é que o respeito pelo princípio não serviria o próprio princípio naquela perspetiva do benefício para todos e cada um decorrente do princípio. Os benefícios para a auto-conservação geral criados pelo suposto cumprimento do princípio não estão suficientemente esclarecidos para que se justifique que a auto-conservação em concreto de várias vidas se não deva assegurar. Todavia, não poderemos deixar de dar a máxima relevância a uma diferença entre o mero deixar correr os acontecimentos de acordo com o “destino” e uma intervenção ativa que modifica o curso normal dos acontecimentos. Fazer estoirar o “homem gordo” não tem o mesmo significado ético que deixar morrer os companheiros nada fazendo. Só uma perspetiva estritamente utilitarista consideraria cem por cento justificada a destruição do “homem gordo”. Por isso, apenas uma lógica de justificação em sentido fraco, uma não proibição muito em concreto, seria aqui concebível. Nos outros casos referidos, a questão é ainda mais complexa porque é preciso escolher entre bens ou entre males, ao mesmo tempo que se tenta escolher entre o mal geral e os bens de alguns. Se não estivermos perante um conflito de deveres por parte de quem escolhe, torna-se difícil o recurso à ideia de justificação, pois a escolha de alguns parece, a não ser um dever, um poder arbitrário.

Na entanto, existem ideias de justiça que nos levam a “tomar partido”, de certo modo, em situações de conflito entre vidas, permitindo, em certos casos, uma argumentação jurídica, que conduz à necessidade de identificar uma causa de justificação.

c) Os casos mais significativos são os do chamado “estado de necessidade defensivo”⁴⁰². Nestes casos, o ponto de vista que se distingue é o de a eventual futura vítima do estado de necessidade ter criado o perigo para os bens jurídicos do agente que pretende prevalecer-se do estado de necessidade. O exemplo do “homem gordo” serve ainda para ilustrar esta situação. Foi ele que criou, ao entalar-se sem o desejar na saída da caverna, o perigo para a vida dos outros ou, ainda mais cruelmente, ao engordar tornou-se um perigo para as outras pessoas.

Discutir-se-á, então, se essa consideração – de que o perigo foi criado pela futura vítima do estado de necessidade – altera alguma coisa essencial na ponderação de interesses, própria da situação, isto é, se tal como na legítima defesa existe um fator que afasta a colocação do conflito entre bens de uma ótica de relação de valor entre interesses ou, até, se o valor de um dos interesses aumenta em relação ao outro por força desse fator.

A doutrina que mais tem analisado esta figura tende a aceitar um ou outro dos anteriores pontos de vista: ou considera que existe uma figura especial de estado de necessidade, entre a legítima defesa e o estado de necessidade justificante, em que o critério de

⁴⁰² A figura do estado de necessidade defensivo é objeto de tratamento e discussão na doutrina alemã sobretudo desde o artigo de LAMPE, E. J., “Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand”, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p. 88 e ss.. Cf. sobre a figura, HIRSCH, H. J., Anmerkung zu BGHST, 42/235, em *Juristische Rundschau*, 1980, p. 115 e ss. e “Defensiver Notstand gegen über ohnehin Verlorenen”, *Festschrift für Küper*, 2007, p. 149 e ss.; HRUSCHKA, I., “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, em *Festschrift für Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, 1987, p. 189 e ss., “Rettungspflichten in Notstandssituationen”, *Juristische Schulung*, 1979, p. 385 e ss.; “Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?”, *NJW*, 1980, p. 21 e ss.. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 1982, p. 72 e ss., GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, cit., p. 337 e ss.; JAKOBS, G., *Allgemeiner Teil*, ob. cit., pp. 365-357 e ROXIN, C., “Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand”, em *Festschrift für Jescheck*, I, 1985, p. 457 e ss..

ponderação de interesses é específico⁴⁰³ ou entende que a própria ponderação de interesses, no estado de necessidade justificante, é alterada, de forma que os bens jurídicos do criador do perigo sofrem uma relativa dessolidarização da sociedade, relativamente aos do agente em estado de necessidade⁴⁰⁴.

Nenhum dos pontos de vista é, no entanto, discutido na sua origem: o facto de qualquer deles só ser possível sob o pressuposto de que a criação do perigo para os bens jurídicos, embora não ilícita, justifica uma relativa dessolidarização, em face dos bens do agente provocador do perigo⁴⁰⁵. Ora, esse pressuposto não é de modo algum indiscutível, exigindo, pelo contrário, uma justificação. O “homem gordo”, como a criança hidrocéfala que fará perecer a mãe no parto, como o alpinista que escorregou, arrastando consigo o companheiro, ou os gémeos não agem ilicitamente e provavelmente nem agem. Encontrar nestes casos um princípio de responsabilidade é de certo modo uma ficção.

Por outro lado há uma diferença grande entre estes casos e os de legítima defesa – a total ausência de desvalor da ação (em termos jurídicos) do agente causador do perigo. A assimilação que eles poderiam sofrer pela legítima defesa é, por isso, inaceitável, a partir da análise da conduta do lesado que cria o perigo.

Também não será possível conceder a esse último agente, a título de direito a uma reparação, um especial poder sobre o causador do perigo – isso seria contrário a qualquer sentido de justiça – tal como é inadmissível a responsabilidade objetiva do causador do perigo. Mas também não se pode retirar àquele, cujos bens estão sujeitos ao perigo criado por outrem, o poder de exercer ações defensivas que venham afetar os bens do causador do perigo e, consequentemente, atribuir ao causador do perigo o direito de

⁴⁰³ Nesse sentido, por exemplo, HRUSCHKA, J., em *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, p. 22 e *Strafrecht...*, ob. cit., p. 82. Também GÜNTHER, H. L., ob. cit., p. 337 e ss.

⁴⁰⁴ Nesse outro sentido, ROXIN, C., ob. cit., p. 457 e ss..

⁴⁰⁵ Assim, JAKOBS, G., ob. cit., p. 356.

proteção defensiva, na sua plenitude. Assim, não é em nome de um princípio de responsabilidade positiva do causador do perigo que se justificará uma ponderação de interesses que lhe seja desfavorável, mas, sim em função de um princípio de responsabilidade negativa do atingido pela ameaça contra os seus bens jurídicos. Ele não pode ficar exposto a uma eventual legítima defesa do causador do perigo como um normal agressor, já que a sua ação tem uma orientação marcadamente defensiva contra o próprio autor do perigo – o seu comportamento não exprime um tão grande desvalor da ação como o do autor da agressão ilícita, pressuposto pela legítima defesa.

Há, nestes casos, uma situação análoga à do titular da legítima defesa: ambos protegem direitos individuais ameaçados, porque o estado normal de manifestação de uma esfera jurídica foi perturbado (isto é, a delimitação das esferas jurídicas foi perturbada). A diferença reside, no entanto, no facto de a conduta que originou esta perturbação ser uma conduta não ilícita ou pelo menos não ser uma agressão ilícita, no sentido necessário à legítima defesa.

Por outro lado, esta situação é também estruturalmente semelhante aos casos inequívocos de estado de necessidade e só a ponderação de interesses do artigo 34º, alínea b), não se lhe adapta, por estarem em causa bens iguais: vida contra vida, integridade física contra integridade física.

Poderá esta dupla semelhança com a legítima defesa e o estado de necessidade ser um indício de que, nestes casos, um dos interesses seria ainda sensivelmente superior?

A resposta afirmativa suporia, igualmente, que toda a legítima defesa fosse redutível ao estado de necessidade (um caso particular de estado de necessidade em que o fator decisivo da ponderação seria a defesa da “ordem”).

Ora, como já se disse, os pontos de vista da ordem só podem entrar na ponderação do artigo 34º, alínea b), violando o sentido semântico da referida cláusula e destituindo-a do seu objeto.

Os fundamentos das figuras legais da legítima defesa e do estado de necessidade tem mais de diferente do que comum⁴⁰⁶ e não é legítima qualquer pura recondução lógica de uma figura à outra.

Mas haveria, mesmo assim, um outro fator de ponderação que pudesse influir na sobrevalorização de um dos interesses ameaçados?

O ponto a decidir parece ser inevitavelmente o da importância do desvalor da ação na ponderação de interesses. Não há dúvida de que o agente que se defende (numa perspectiva pré-legal) não age com um tipo de dolo semelhante ao do agressor nas situações de legítima defesa. Ele quer, em primeira linha, defender-se. A lesão da vida alheia ou de outro bem é somente a consequência necessária dessa defesa. Esta especial intencionalidade, associada a um duplo efeito – de defesa e de agressão – pode alterar o desvalor da ação. Com efeito, embora esteja inevitavelmente associada à defesa uma agressão tal como no caso do aborto terapêutico, à operação para salvar a mãe está inevitavelmente associada a morte do feto, o agente não tem uma capacidade de evitar o efeito associado. Deste modo, não se pode atribuir num plano lógico-valorativo à intencionalidade do agente o efeito associado que não é a razão de ser da sua ação⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ A ausência de ponderação do valor dos bens jurídicos (não dos valores em abstrato), na legítima defesa, permite a interpretação por mim já criticada e reconstruída, de que, na nossa Ordem Jurídica, ela se baseia na tese que o direito não deve ceder perante o ilícito (KÖSTLIN), de inspiração hegeliana representando uma função de “ordem”, enquanto no estado de necessidade se exprime, antes, um pensamento de solidarismo social (assim, *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, artigos 36º e 37º).

⁴⁰⁷ O facto de o médico procurar debelar um mal (a doença) tal como o faria se a mulher não estivesse grávida, o facto de não existir outra forma de ação possível para preservar a vida da mãe, o facto de não ser legítimo retirar-se o direito à vida a quem nada fez para ficar exposto àquela situação, etc., são exemplos dessas ponderações. O caso do aborto terapêutico demonstra que entre a afirmação sobre a intencionalidade e a qualificação jurídico-penal como desvaliosa de uma ação, por causa da sua intencionalidade, existe ainda um espaço de argumentação, em que se terá de dar razões e ouvir contra-razões para que esteja justificado o desvalor da ação.

⁴⁰⁸ A atribuição à ação de alguém de uma certa consequência prevista ou previsível não é uma pura questão lógica, mas parece ser fundamentalmente uma questão

Ora, é este, exatamente, o tipo de problemas levantado pelo estado de necessidade defensivo. Naquelas situações em que alguém fica exposto a um perigo criado pela futura vítima do estado de necessidade, haverá argumentos convincentes contra a atribuição de desvalor da ação ao agente que causou a morte para se manter a si próprio vivo.

A escolha dos pontos de vista relevantes para uma “tomada de partido” de justiça por um dos agentes será, então, a questão decisiva sobre o desvalor da ação.

Um ponto de vista irrefutável é o de que quem ficou exposto a um perigo para a vida causado por outrem não tem de suportar a lesão da sua própria vida, sendo-lhe permitido defender-se. O facto de o agente não fazer nem pretender fazer mais do que defender-se é um fator decisivo da “tomada de partido” por ele. Mas o “defender-se” há de ter uma significação restrita, isto é, não deverá abranger uma subtração ativa a outrem de hipóteses de salvamento, que retiraria ao ato do agente o significado de

valorativa, mesmo ainda no terreno pré-jurídico. É difícil atribuir ao comportamento voluntário do cirurgião a prevista lesão no corpo da paciente, ainda que consequência necessária da intervenção curativa. A interpretação de um comportamento como intencional supõe a inserção dele no jogo de uma linguagem social em que à intencionalidade cabe o papel de representar a forma social perfeita de consciencializar o domínio dos acontecimentos. Com a questão da intencionalidade não se trata estritamente de decidir, de facto, sobre o poder da vontade ante o mundo exterior, mas sim de decidir a maneira como é legítimo descrever, na interação social, esse papel. O ponto de vista segundo o qual o cirurgião age intencionalmente em relação às dores que são consequência necessária da operação, embora seja possível sob um prisma lógico formal, não é um ponto de vista que sirva à maioria das situações sociais em que tem interesse afirmar a intencionalidade de um comportamento, como no terreno da responsabilidade moral ou jurídica. O caso do aborto terapêutico não é, obviamente, tão claro como o da vulgar intervenção cirúrgica, porque o interesse na proteção da vida do feto impede que nos desinteressemos das consequências da ação, tal como nos desinteressamos das dores, na operação para combater a doença. No entanto, se não podemos decidir, no caso do aborto, o problema da intencionalidade como um puro problema de linguagem social, existem ponderações que justificam uma analogia com as situações que a própria linguagem social resolveu com toda a simplicidade.

preservação das suas próprias condições de sobrevivência⁴⁰⁹. Assim o sentido do comportamento do agente que atire o companheiro para fora da jangada é, pois, tanto a sua auto-conservação como a subtração ao outro das possibilidades de sobrevivência. E a auto-conservação não é o que dá fundamentalmente o timbre ao comportamento; diferentemente, é a segunda interpretação a que prepondera⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Assim, KÜPER, W., *ob. cit.*, p. 78 e ss..

⁴¹⁰ Também se um dos naufragos prejudica intencionalmente a natação do outro, atirando-lhe, com os pés, água para a cara, para que aquele se canse e sufoque, e não chegue antes dele à tábua salvadora, é a agressão que prepondera sobre a defesa. Nestes casos, há uma evidente analogia com aquilo que em certos comportamentos mistos de omissão e ação faz preponderar a interpretação como ação: a interrupção de um processo já iniciado de salvamento. O critério delimitador entre a pura omissão de socorrer e a qualificação ativa e causal do comportamento reside no facto de se terem cortado ou piorado hipóteses já existentes de salvamento, em ter-se mudado o curso dos acontecimentos ou em só se ter deixado imodificada a situação existente. Nestas situações existe algo semelhante que permite distinguir entre defesa e agressão. No entanto, a diferenciação não pode ser, pura e simplesmente, objetiva. Não é tanto o facto de objetivamente “ter dado pontapés na água” ter piorado a situação do outro naufrago, mas sim a intenção de o fazer, o que descarateriza os atos de defesa da vida e os faz aparecer como agressões. Na realidade, aqui, não é a pura situação objetiva que esclarece sobre a imputação (inclusivamente a objetiva), mas é o aspeto intencional do comportamento o que nos permite esclarecer se o perigo efetivamente criado para o outro agente não tem qualquer significado ou se aumenta, por esse facto, a solidariedade para com o interesse na proteção do bem. Neste sentido, a questão colocada é já uma questão de um outro campo diferente da que surge a propósito da interrupção dos processos de salvamento. A “tomada de partido” de justiça deverá imiscuir-se até aos limites possíveis da diferenciação racional entre agressão e defesa, detendo-se onde não seja possível fazer sobrepor os argumentos “a favor” em relação aos argumentos “contra” uma tal “tomada de partido”. Se os agentes fizerem uma corrida dentro de água e um deles alcançar em primeiro lugar a tábua, como se referiu atrás, a situação não permitirá uma “tomada de partido” por qualquer um dos agentes, como nos casos anteriores, apesar de, segundo a lógica da interrupção dos processos de salvamento, ser obtível, formalmente, uma solução contrária. Nos casos anteriores, aquele que prejudicava intencionalmente a situação do outro merecia menos “favor” porque a sua ação tocava as fronteiras do proibido, se não entrava até, já, na área do ilícito, como interrupção de um processo de salvamento. Deste modo, não pode o que alcançar a tábua, em primeiro lugar, por ser mais forte, merecer o favor da Ordem Jurídica, porque é contra toda a tradição do nosso universo cultural que em situações de calamidade seja o direito do mais forte a prevalecer.

Se é aceitável admitir que a vida de alguém venha a merecer um certo favor (tomada de partido) em relação à de outrem⁴¹¹, nas situações clássicas de estado de necessidade defensivo, essa preferência não corresponde, como se verá, à preferência contida na exigência de uma sensível superioridade, bem como os outros requisitos da justificação por estado de necessidade se aplicariam neste caso (como a alínea c) do artigo 34º).

A estes dois pontos se terá de dar seguidamente resposta, tendo não só em vista estes casos, mas a interpretação que deve ser, em geral, efetuada.

3. A interpretação da sensível superioridade do interesse

A interpretação desta expressão suscita a questão de saber se o confronto dos interesses exige uma especial (quantitativa ou qualitativa) superioridade de um dos interesses ou se a expressão sensível tem somente um significado processual, isto é, o de indicar que a maneira pela qual se chega à conclusão de que um interesse é superior a outro é através de um processo de apreensão pelos sentidos (a referida superioridade só existiria se fosse sensível, porque só nesse caso poderia ser conhecida)⁴¹².

⁴¹¹ Note-se que na argumentação do juiz do célebre caso (americano) Holmes, em que alguns homens foram deitados ao mar para que a restante tripulação se pudesse salvar, as razões que foram dadas para negar a justificação foram: primeiro, os marinheiros que não eram necessários para a navegação deveriam ter sido sacrificados em primeiro lugar; segundo, a escolha entre os marinheiros deveria ter sido feita à sorte (cf. WILLIAMS, G., *cit.*, p. 174 e ss.; HALL, J., *cit.*, p. 427 e ss.). GLANVILLE WILLIAMS faz notar que seria ir longe de mais tornar a primeira razão uma regra de direito, mas a segunda já lhe parece bem razoável (*ob. cit.*, p. 741). No caso Holmes, o tribunal rejeitou, no entanto, o “tirar à sorte” (WILLIAMS, G., *ob. cit.*, p. 744).

⁴¹² Sobre uma temática semelhante e a propósito da expressão “wesentlich” no § 34º do Código Penal alemão, veja-se o artigo de KÜPER, W., “Das ‘Wesentliche’ am ‘wesentlich’ überwiegenden Interesse”, em *Goldsammer’s Archiv für Strafrecht*, 1983, p. 293 e ss..

A alternativa encerra, obviamente, um problema de construção da ilicitude. Trata-se de saber se a justificação se baseia essencialmente num simples princípio utilitarista de mera realização do interesse mais valioso numa perspectiva social ou se a justificação pretende realizar aquele entre os interesses que não só é mais valioso do que o que se lhe opõe, como também surge como “essencial”, isto é, cuja lesão implica danos difíceis ou impossíveis de suportar. A diferenciação entre os dois casos não consiste, porém, em que no segundo caso, diferentemente do primeiro, se chegue ao resultado de que apesar de um dos interesses ser superior não atinge o grau de superioridade exigida. Uma tal distinção não seria, logicamente, praticável, porque o facto de se exigir um certo grau de superioridade reduziria os termos da apreciação da superioridade à constatação do dito grau de diferença entre os interesses. É, por isso, uma falsa expressão do juízo de ponderação o perguntar primeiro se *X* vale mais do que *Y* e depois se *X*, que vale mais do que *Y*, vale, ainda, mais de uma certa forma. A única pergunta que se faz é a de saber se, sob um certo ponto de vista, “não meramente quantitativo”⁴¹³, *X* vale mais do que *Y*.

Reduzida a este nível a questão da alternativa de interpretação, torna-se claro que a diferença sensível não pode ser uma diferença tão rudimentar como uma diferença quantitativa. Mesmo quanto às diferenças de valor entre bens patrimoniais, estará sempre em causa algo mais do que o valor monetário dos bens em conflito. No que respeita aos bens pessoais, a expressão diferença quantitativa não tem geralmente sentido e quando o pode ter não tem reflexo possível nas opções valorativas da ilicitude (como nos casos de maior número de vidas em conflito com menor número).

O significado da diferença sensível é, obviamente, o da seleção de um certo tipo de fatores de ponderação. Esses fatores não são orientados por pontos de vista estritamente de “ordem” (interesse

do legislador), como foi demonstrado, mas por pontos de vista que correspondam a uma normal sensibilidade aos valores (cultural e socialmente determinada). Quando atrás foi afirmado que o interesse de uma pessoa em descansar é superior ao de ouvir uma aparelhagem para se divertir fora de horas e exageradamente alto, esta perspectiva baseia-se no consenso sobre os limites do individualismo permitido, que é possível reconhecer, como acontece com outros consensos.

Uma difícil prova para o esclarecimento do significado da sensível superioridade são precisamente os casos de conflito entre vidas, atrás referidas, em situação de estado de necessidade defensivo. Embora os critérios de favor por uma das vidas possam ser justificados por uma argumentação racional, cognoscível pela nossa sensibilidade histórico-cultural, poderão elas subsumir-se, sem mais, à sensível superioridade?

Há várias razões para uma resposta negativa. Desde logo, o facto de a expressão “sensível” supor uma diferença aceite espontaneamente e não uma diferença que carece de uma demonstração argumentativa. Por outro lado, o facto de o legislador ter tido a necessidade de autorizar especialmente o próprio aborto terapêutico – o que demonstra que não é culturalmente evidente (e por isso sensível) a diferença entre o interesse na proteção da vida da mãe e a do feto. Em terceiro lugar, a excecionalidade de tais situações de conflito de vida contra vida, o que torna menos normal a formação de consensos nesses domínios. Finalmente, o facto de a tomada de partido pela proteção de uma das vidas implicar a negação da possibilidade de defesa do causador do perigo e, conseqüentemente, a imposição do dever de suportar a lesão da sua própria vida. “O homem gordo” do exemplo e o naufrago que se tenta salvar chegando à tábua, em que o outro, já em cima, o empurrará, para evitar que ele próprio se afogue (isto é, todos os agentes causadores do perigo), não têm o direito de evitar a auto-defesa dos outros ou, se alguém os quiser defender, não terá efetivamente esse direito? Em que condições é que será possível negar o direito de legítima defesa a estes agentes?

É esta última questão a que sugere a perspectiva decisiva sobre justificação nos casos de vida contra vida⁴¹⁴. Ela está aflorada na alínea c) do artigo 34º como expressão de um princípio geral. A consideração do conteúdo desta alínea é, neste momento da análise, decisiva para a determinação do sentido do “justificar” em geral e no artigo 34º do Código Penal.

4. *A cláusula da limitação pela dignidade humana. A alínea c) do artigo 34º como regulamentação comum da legítima defesa e do estado de necessidade*

Como a análise dos casos de vida contra vida em estado de necessidade defensivo revelou, a atribuição de um efeito justificativo a uma situação em que o facto típico é perpetrado parece ter de conter uma dupla decisão quanto à atribuição da legítima defesa.

Por um lado, a decisão de não permitir a sujeição do agente que estiver a salvar bens em perigo à reação em legítima defesa de outros. Por outro lado, a decisão de impor aos outros a sujeição à legítima defesa do autor da ação de proteção do bem jurídico, no caso de esses agentes quererem reagir contra o eventual titular da causa de justificação.

O artigo 34º, na alínea c), parece só conter, expressamente, uma referência à decisão a tomar quanto ao sujeito passivo do estado de necessidade, ao atender somente à natureza ou valor dos bens sacrificados em estado de necessidade. Esta opção do legislador contém, como é óbvio, uma restrição do estado de necessidade que ultrapassa a ponderação de interesses, pois, se assim não fosse, as considerações de exigibilidade abrangeriam diretamente ambos os sujeitos.

⁴¹⁴ Sobre estes casos, cf. CUNHA, M. C. FERREIRA DA, *Vida contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, 2009, p. 324 e ss., e p. 812 e ss., que, nas soluções se aproxima do texto, sobretudo no reconhecimento do papel orientador do artigo 34º, alínea c), na matéria da justificação.

A justificação histórica desta restrição da alínea c), tendo em conta as atas sobre o anteprojeto de Código Penal, é a limitação ditada pela proteção dos direitos individuais contra os excessos de solidarismo contidos na figura do estado de necessidade, nomeadamente a salvaguarda de um núcleo de bens pessoais como a integridade física e a liberdade.

Na determinação do âmbito desta limitação do estado de necessidade pelo legislador jogam-se, no entanto, princípios constitucionais. Que a esfera de bens da pessoa não possa ser utilizada para a salvaguarda de bens jurídicos alheios é a expressão da dignidade da pessoa, consagrada no artigo 1º da Constituição. Mas a afetação da esfera pessoal que ofende a dignidade da pessoa é somente a que retira ao indivíduo os traços marcantes da sua humanidade e o faz surgir perante os outros como uma pessoa menos valiosa – uma menos pessoa. Nem toda a sujeição a um estado de necessidade que afeta os bens pessoais de terceiro atinge esta dimensão, naturalmente.

Assim é insustentável uma interpretação da alínea c) que permita retirar os bens pessoais, no seu todo, ao objeto do estado de necessidade.

A referência à natureza ou ao valor dos bens jurídicos ameaçados não pode ser interpretada, pura e simplesmente, como se uma categoria determinada de bens, em nome do individualismo ou outra filosofia de vida, não pudesse ser sujeita à realização de interesses alheios – a essa interpretação não poderiam conduzir nem os antecedentes legislativos nem a coerência sistemática do pensamento legislativo, já que na alínea b) se utiliza uma bitola alargada de ponderação de interesses⁴¹⁵.

O sentido que harmoniza esta alínea com a alínea b) é o do estabelecimento de uma ponderação autónoma e complementar desta, de modo algum contraditória. Essa ponderação é feita

⁴¹⁵ Cf. *Actas...*, artigo 37º.

somente a favor do sujeito do estado de necessidade, na medida em que a sua posição poderia tornar-se, em certos casos, a de um sujeito utilizado (ofendendo-se o princípio da dignidade da pessoa), em nome de uma máxima meramente utilitarista de conseguir o mais à custa do menos. Assim, por exemplo, num caso de doação compulsiva de sangue para salvar uma vida, estará excluído o estado de necessidade por força da alínea c), como várias vezes tem sido referido pela doutrina alemã, a propósito de uma questão semelhante⁴¹⁶. Um tal exemplo, todavia, não pode ser utilizado sem alguma moderação. Se houver uma epidemia de certa doença e dar sangue for essencial para debelar a epidemia, cujas consequências poderão ser catastróficas, dar sangue, desde que não se corram riscos de saúde, pode legitimamente ser exigível, embora sem se legitimar o emprego da força, em casos de desobediência, justificando-se apenas sanções jurídicas. A dignidade da pessoa não é aqui ofendida, na medida em que toda a possível compulsão não visa a utilização humana como instrumento de um qualquer efeito almejado (mesmo que esse efeito seja salvar a vida alheia), mas sim um bem que, em última análise, a irá beneficiar, ou às condições da sua existência, bem como a das outras pessoas.

Como atrás se referiu, a decisão sobre a atribuição de estado de necessidade tem de considerar também o ponto de vista do agente que se trata de qualificar como titular do estado de necessidade e a medida em que é legítimo que ele fique sujeito à legítima defesa alheia (ao negar-se-lhe o direito de necessidade), quando agir em salvaguarda dos seus interesses.

Já na alínea b) esse ponto de vista é importante para a decisão do valor dos interesses. Apesar de, na alínea c), ele não merecer referência expressa do legislador, a coerência sistemática exige que, de alguma maneira, se satisfaça, por interpretação ou analogia, esse mesmo ponto de vista.

⁴¹⁶ Cf. LENCKNER, T., *ob. cit.*, p. 68 e p. 151.

Se, em nome da dignidade da pessoa, não se puder retirar o direito de legítima defesa ao sujeito passivo da ação necessitada, também em nome do mesmo princípio não se poderá, em certos casos, retirar o direito de defesa a quem reaja contra a obstrução (não ilícita) à salvaguarda desses bens, cuja preservação é essencial à formação da sua dignidade⁴¹⁷. Ora esta interpretação conduz a um conflito inultrapassável de conteúdos normativos. Por um lado, a alínea c) subtrai a vida, indiscutivelmente, ao objeto passivo do estado de necessidade, por outro lado, a negação do direito de defesa àqueles agentes que meramente se estejam a defender contra os causadores, por atos não ilícitos, do perigo contra a vida, remetê-los-ia para um estado de absoluta sujeição.

O naufrago da “tábua” não só não poderia empurrar o outro que a abanava, intensamente, para assim poder subir, impedindo-o de se salvar, como ficaria sujeito à legítima defesa desse outro.

A única resposta que um sistema normativo, orientado pelos princípios do nosso, poderá dar, ante a opção expressa na alínea c), é a total abstenção de regular como uma causa de justificação no sentido de uma permissão forte.

Deste modo, seria suscetível de uma argumentação não totalmente desrazoável a inscrição de um estado de necessidade defensivo num conflito de vida contra vida, na alínea b) do artigo 34º – permitindo a cláusula da ponderação de interesses incluir casos em que dois bens, em abstrato de igual valor, não fundamentam interesses de igual dignidade, em face de pontos de vista de sensibilidade cultural, pré-normativa, aos valores. Mas um obstáculo inultrapassável à justificação, nestes casos, é como se verificou, a alínea c). Embora o alcance desta alínea não seja um princípio liberal individualista de solução de conflitos sociais, ele contém, diretamente, uma decisão sobre a atribuição do direito de legítima defesa ao sujeito passivo do estado de necessidade, justificada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴¹⁷ O que há de significar uma solução de favorecimento do estado de necessidade defensivo.

Como, no entanto, na alínea c), o que justifica a limitação da atribuição do direito de necessidade é uma decisão sobre a possibilidade de negar a legítima defesa aos titulares de certos bens jurídicos, parece evidente que uma tal limitação não pode ser exclusiva das situações contempladas no artigo 34°. Ela é antes uma regra geral sobre a atribuição do direito de defesa, que poderá, em certos casos, conduzir a um conflito puramente irresolúvel de interesses e valores, num plano de claro-escuro, isto é no plano de uma causa de justificação entendida como uma permissão forte e não apenas, como em páginas anteriores se referiu, como não proibição ou permissão fraca.

5. Conclusão sobre o sentido geral da justificação por estado de necessidade, no sistema do Código Penal

Pela análise das situações de confronto entre males iguais a conclusão que se impõe é que a resposta possível não consistirá numa enumeração de grupos de casos, como à primeira vista se poderia supor – por exemplo, os casos de males iguais saíam do âmbito da justificação –, mas, antes, numa diferença de crivo a que os mesmos grupos de casos estarão sujeitos. No Código do século XIX, no artigo 44°, tratava-se do crivo da “insuperabilidade do medo”, no Código Penal de 1982, do crivo da “decisão justa do conflito de interesses”, em que podem entrar em conta pontos de vista sobre o desvalor da ação.

A distância entre o pensamento do antigo Código e o do atual não é, no entanto, a diferença entre a “pré-história” da teoria jurídica e o mundo moderno. Trata-se antes de uma diversidade de concepções de sistema. Por outro lado, a própria linguagem aberta, flexível e complexa do artigo 34° do Código de 1982 só demonstra que, na resolução do conflito de interesses, está contida, diretamente, a necessidade de produzir a decisão justa aplicável à conduta do agente que ele pode naturalmente respeitar e não só um ponto de vista de coerência de “ordem”. Os casos difíceis de regular são somente a demonstração de que as preocupações de Justiça, segundo

o valor ou o desvalor da ação pessoal e segundo a legitimidade das expetativas globais, se compensam de tal forma que se torna problemático tomar qualquer decisão.

A justificação em estado de necessidade não é, por tudo isto que se foi analisando, um problema pertencente a um universo lógico do objetivo confronto entre bens jurídicos, como era próprio da teoria da clássica ilicitude objetiva, porque é o mundo do merecimento de todos os intervenientes possíveis num conflito de interesses (isto é, da coerência global das expetativas de todos os sujeitos ante a Ordem Jurídica), numa lógica de valores da ação e do resultado, o que sobressai no artigo 34°.

Entre o artigo 44°, nº 2, do Código oitocentista e o artigo 34° do atual Código Penal há uma mudança de sentido que não é plenamente descritível de um modo formal. A possível diferença concentra-se no problema de saber se poderá ser justo punir a fraqueza do que não consegue sofrer um mal e produz um mal igual para o evitar. Se o Código antigo aceitava uma lógica de limites do poder da vontade, o Código atual não tendo uma resposta tão psicologista não exclui, porém, no seu sistema, uma certa tolerância em situações de conflito extremo, a partir de argumentos de valoração das posições dos interesses contraponíveis dos sujeitos.

C – Conflito de deveres

1. Fundamentos e critérios específicos

Prevê o Código Penal de 1982, no seu artigo 37°, como causa de justificação o conflito de deveres que nos propõe uma solução para um dos temas mais complexos, embora com soluções legislativas relativamente claras, da matéria da Justificação e da Desculpa.

O artigo 37° do Código Penal assume como justificada a conduta do agente que atuar no cumprimento de um dever de valor igual ou superior a um outro que a própria conduta viola.

Fazendo a comparação com o direito de necessidade previsto no artigo 34º, atrás analisado, esta figura distingue-se através de dois pressupostos: estar em causa o confronto entre deveres e não diretamente entre interesses, bens ou valores; a possibilidade de existir igualdade de valor entre os deveres conflitantes em contraste com a exigência de uma “sensível superioridade” do interesse protegido na previsão do artigo 34º, apesar da inclusão de critérios de valor de ação naquela cláusula.

A diferenciação legal entre os pressupostos e requisitos da causa de justificação prevista no artigo 37º e os previstos no artigo 34º revela lógicas autónomas e consequentemente diversos fundamentos em matéria de justificação.

Com efeito, se os critérios de justificação do conflito de deveres são diversos dos do direito de necessidade é porque, inequivocamente, não existe uma tradução literal do conflito de interesses e bens subjacente ao direito de necessidade no conflito de deveres previsto no artigo 37º. Apesar de os deveres jurídicos terem como objeto a proteção de valores, bens ou interesses, segundo o legislador a solução do conflito ou colisão não pode ser orientada em absoluto pelo mero critério da importância relativa desses valores para os destinatários.

Se é claro que numa colisão de vidas, enquanto conflito de direitos, não pode admitir-se o merecimento justificador associado à preferência por uma das vidas, já que o Direito não pode preferir a vida de *A* à vida de *B*, por força do princípio da igual e essencial dignidade da pessoa, numa situação de colisão de deveres relativamente à vida de terceiros, o agente, que não possa simultaneamente salvar ambas as vidas e escolha uma delas, realizará uma conduta justificada de omissão de salvamento da vida que não socorreu para socorrer outra.

A impossibilidade fáctica de ser exigível a realização simultânea dos dois deveres de igual valor, neste caso iguais deveres de salvamento, é a condição essencial da justificação. Como o próprio Direito não pode dar a indicação ao agente sobre qual o dever que deve cumprir, porque ao reconhecer o igual valor dos deveres

fica impedido de preferir um deles, pertencerá, então, ao espaço da livre decisão do agente⁴¹⁸ a escolha do dever que pretende cumprir. A única exigência imposta pelo Direito é a de que o agente cumpra pelo menos um dos deveres conflitantes. Desta forma, o fundamento do conflito de deveres é a inexigibilidade e a liberdade, como poder de evitar consequências danosas.

A demonstração anterior revela, de modo sucinto, como é lógico que um conflito de deveres tenha uma estrutura autónoma de uma colisão de direitos, interesses, bens ou valores, mas essa autonomia radica claramente, no facto de os deveres serem sempre uma relação de possibilidade e de exigência de uma pessoa com um comando de ação ou com uma proibição e, por isso, não dependerem apenas do valor que se destinam proteger, mas dependerem também das condições, capacidades e intensidade da responsabilidade do destinatário.

De modo interessante, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO relaciona o conflito de bens ou interesses com uma mera lógica de consequências e de resultados (consequencialismo) que não considera a questão de conflito individual⁴¹⁹. Mas o que a análise daquele autor sugere é que o eixo de um sistema de normas de dever é, para além do fim último de realização de valores a que se destinam, o próprio modo e grau de vinculatividade do dever perante o seu destinatário.

Num sistema jurídico, baseado no princípio da restrição mínima necessária e adequada de direitos e de liberdade de ação, como resulta da Constituição portuguesa (artigos 18º, nº 2 e 27º, nº 2), o tipo de vinculatividade dos deveres é desde logo afetado pela natureza da norma de dever. Se a norma de dever for um comando de ação relativamente à proteção de um bem terá, em princípio,

⁴¹⁸ Segundo STRATENWERTH, G., essa escolha pertenceria ao chamado espaço livre do Direito. Cf. STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, p. 173.

⁴¹⁹ Cf. o texto “Sortes”, em *Jornadas de Homenagem a Cavaleiro de Ferreira*, 1995, p. 95 (nota 8) e p. 103 (nota 19). Note-se que JOSÉ ANTÓNIO VELOSO enuncia situações em que o próprio estado de necessidade estaria à partida condicionado por deveres de suportar riscos.

menor “vinculatividade” do que o dever que deriva de uma proibição de ação correspondente, de não perturbar as condições de preservação de um bem jurídico.

Deste modo, o dever de salvar uma vida perde em confronto com o dever de não matar, sendo o segundo mais vinculativo. A proibição a qualquer pessoa da intervenção na esfera de liberdade alheia, que origina um dever de omissão, conduz a um dever mais vinculativo de que o dever cometido apenas a certas pessoas em posição de garante de agir ativamente para promover o salvamento de um bem.

Nesse sentido, já dizia EDUARDO CORREIA⁴²⁰ que há uma prevalência dos deveres de omissão sobre os deveres de ação correspondentes, superando-se para o Direito o valor da equivalência em função do referente objetivo que é a medida de valor do bem jurídico.

2. Vinculatividade dos deveres

O facto de o valor dos deveres jurídicos em confronto depender de uma apreciação sobre o grau de vinculatividade dos mesmos, em função da relação do agente com o sistema, leva-nos a ter de questionar se o que determina a vinculatividade depende de alguma racionalidade deontica. Por outras palavras, a questionar se os deveres de omissão têm necessariamente de ser mais vinculativos do que os de ação em função da sua lógica intrínseca, na linguagem das normas.

Terá de se perguntar se há uma racionalidade intrínseca e objetiva na atribuição de preferência por vinculatividade a um tipo de dever em detrimento de outro ou se essa preferência apenas depende de fatores como os que foram referidos a propósito da preferência dos deveres de omissão relativamente aos de ação – fatores sobre as opções fundamentais de um sistema baseado na

liberdade, em que os deveres primordiais são os de não ingerência relativamente aos bens jurídicos e os deveres de intervenção têm um campo circunscrito em função de competências, distribuição de papéis ou mesmo os benefícios derivados de certas atividades.

A resposta é negativa. A estrutura de um dever de omissão ou vinculatividade do destinatário não revela, por si mesma, nenhuma especial intensidade relativamente a um dever de ação sem que o sistema global em que se insira não privilegie, por razões valorativas, a omissão ou a ação.

Mas não é inviável que um dever de ação possa ser, em certos casos, mais vinculativo do que um dever de omissão, mesmo quando esteja em causa a proteção de bens de idêntico valor, por razões específicas atinentes ao âmbito, concreticidade e intensidade do dever, ou ainda que deveres de ação ou de omissão relativos a bens com idêntico valor possam diferenciar-se por razões de pura vinculatividade em abstrato ou em concreto de cada dever.

Será o caso da prevalência do dever de proteger a vida de um filho em perigo iminente em conflito com o dever de não exceder a velocidade que também se dirige à proteção de bens, incluindo a vida de terceiros, quando não esteja concretamente em causa a vida de nenhum outro sujeito, apesar da norma se destinar em última análise e em abstrato a tal fim. E será também o caso da posição do agente que tem o dever de cuidar de um filho deficiente relativamente ao dever de cuidar de um outro filho saudável. O primeiro dever pode assumir mais intensidade em concreto.

Mas diferente de tais casos é a situação da mãe farmacêutica que tem o dever de salvar o filho doente mediante a obtenção de um remédio raro que também é solicitado por outra pessoa e que impede que o remédio seja fornecido pela empregada da farmácia. Essa pessoa viola, embora indiretamente, um dever de omissão para satisfazer um dever de salvamento do filho. Num segundo caso, um médico tem igual dever de salvar dois doentes na mesma situação, sendo pai de um deles.

Pode admitir-se que há critérios de vinculatividade que não se fundamentam estritamente no valor objetivo para o Direito dos bens, mas numa lógica de valor não dos bens mas dos próprios imperativos em função de certos aspetos factuais. Nestes casos, essa lógica deveria considerar que quem tem uma certa competência social e disponibilidade atribuída de meios raros de salvamento não pode invocar uma posição geral de garante fundada em deveres pessoais de proteção para afastar a vinculação por outros deveres. Deste modo, o comportamento da mãe ou do pai não seria justificado quando “impede” um salvamento em curso através de uma ação para realizar o seu dever de garante, fora do exercício das suas competências funcionais, mas só seria justificado quando salva o filho ou o terceiro na situação de conflito entre deveres de salvamento com um terceiro, embora a opção pelo terceiro seja equivalente juridicamente. Tal solução seria a contrapartida da atribuição de domínio e competência relativamente a bens escassos e raros que a sociedade lhe atribui. A posição de garante pessoal não pode sobrepor-se ou adicionar-se à posição de garante institucional, que lhe confere especiais poderes.

Estes exemplos permitem compreender que a intensidade e vinculatividade dos deveres depende dos valores centrais do sistema em que estejam inseridos relativamente aos modos de ação dos destinatários das normas e não apenas em relação com o valor dos bens jurídicos.

A demonstração de que uma lógica de vinculatividade por deveres que pessoalmente obrigam é diversa do conflito entre bens ou interesses manifesta-se, claramente, na divergência entre o que é lícito numa perspetiva de conflito de interesses ou bens e o que é lícito numa lógica de conflito de deveres em exemplos em que várias pessoas lutam pela obtenção de meios de sobrevivência em confronto com o conflito de deveres correspondente que outrem tem de resolver⁴²¹. Assim, no tradicional caso dos naufragos que

lutam pela jangada que os salvará, não é ilícito tentar chegar primeiro à jangada em que apenas cabe um e deixar para trás, não ajudando, uma pessoa mais débil, mas já será diferente a posição do capitão de um navio que apenas dispõe de um bote e tem de decidir se é um adulto forte que tem lugar no barco ou uma criança.

As regras de vinculatividade dos deveres não se baseiam estritamente no valor dos bens ou dos interesses, mas antes nos critérios de responsabilidade social baseados numa administração ou distribuição dos bens em termos de justiça, que têm de ser lidos à luz dos princípios fundamentais (constitucionais) do sistema jurídico. O significado destas lógicas na estrutura dos deveres é refletido na intensidade e correspondentemente no grau de vinculatividade. É, assim, óbvio que a vinculatividade dos deveres de proteção de bens varia com a proximidade dos bens e dos perigos para os agentes a quem são dirigidos esses deveres.

3. Linguagem dos deveres e linguagem das valorações

Ao chegarmos a este ponto merece ser suscitada uma questão prévia, metodológica e filosófica, a de saber se há uma linguagem (lógica) de imperativos que não se fundamenta numa linguagem (lógica) de valorações, mas pode ter plena autonomia.

É, sem dúvida, uma questão muito abstrata, assim referida, mas que pode ser traduzida em termos mais concretos. Pergunta-se se o “tu deves algo” tem necessariamente por detrás de si “algo que é um bem”, isto é, uma razão tida universalmente como boa e válida ou se os imperativos têm autonomia e valor próprio sendo, portanto, mais relativos a uma lógica de imperativos do que apenas um certo modo de comunicar ou falar sobre os valores a um destinatário.

Estas questões são levantadas e atualizadas na filosofia da linguagem, por exemplo, por HARE, em *The Language of Morals*⁴²². Segundo HARE, podemos reconhecer que não há uma produção imediata de um reconhecimento factual de um valor ou bem num dever relativamente a esse valor ou bem. A linguagem dos imperativos não depende estritamente de verdades objetivas universais, mas antes de decisões humanas, julgamentos sobre valores que só são universais por se terem mantido historicamente, mas nunca são naturais e incontestáveis⁴²³.

Se experimentarmos transpor esta análise para o Direito Penal na matéria dos conflitos de deveres, concluiríamos que não só não tem de existir uma tradução exata dos conflitos de valores em conflitos de deveres relativamente à proteção desses valores, em termos lógicos, como também que a vinculatividade dos deveres não depende automaticamente dos valores a que em última análise se referem. Por isso, um conflito de deveres não é um conflito de valores objetivos, subjetivado, mas sempre um conflito entre as decisões possíveis perante os valores ou bens, que dependem de exigências diversas, histórico-culturais, mas também dependentes das condições do sujeito em conflito.

Deste modo, a justificação por conflito de deveres tende a ser mais ampla do que por conflito de valores, menos baseada em consequências e em critérios de utilidade.

Com efeito, nos deveres transparecem juízos de valor sobre decisões de sujeitos em confronto com exigências do sistema jurídico tomando em consideração a condição moral dos sujeitos do conflito e até mesmo a condição moral diversificada dos sujeitos do conflito. Se, por exemplo, uma pura lógica de conflito de bens, como um conflito entre vidas, em que uma vida se confrontaria

⁴²² HARE, R. M., *The Language of Morals*, 1961, p. 1 e ss. e, por exemplo, p. 135 e ainda p. 180 e ss..

⁴²³ Isto não significa relativismo moral, mas inevitável limitação histórica e cultural.

com uma pluralidade de vidas, poderia favorecer a sensibilidade pela solução utilitarista a favor do maior número⁴²⁴ – por se tratar do maior bem utilitaristicamente realizável – a lógica do conflito de deveres de salvamento revela melhor como é inaceitável impor ao destinatário tal critério de decisão, pois numa lógica de deveres, impõem-se escolhas que não afetem a liberdade de decisão moral de dilemas. O Direito não pode intervir assinalando um caminho diferente do cumprimento de um qualquer dos deveres. A igual dignidade da vida de todos e cada um impõe um igual dever de respeito pela vida de toda e qualquer pessoa, para além de uma ponderação de consequências puramente desvinculada da natureza do dever⁴²⁵.

D – O consentimento do ofendido

1. Fundamentos

Outra das causas de justificação previstas no Código Penal é o consentimento do ofendido. A sua relevância como causa de justificação depende da articulação entre os princípios da autonomia da pessoa e da proteção dos bens jurídicos. A autonomia implica disponibilidade de direitos e bens, liberdade de exercer certos direitos e de dispor livremente dos bens. A proteção assegurada pela Constituição a bens jurídicos e a direitos fundamentais implica, por seu lado, que existam limitações de disponibilidade de certos bens ou direitos, sendo alguns, como a vida e os aspetos essenciais da integridade física ou moral, indisponíveis. O consentimento do

⁴²⁴ Note-se que, no texto, não se defende a prevalência do maior número de vidas num conflito entre vidas, apenas se reconhece que a sensibilidade comum pode facilmente aderir a um critério utilitarista.

⁴²⁵ É verdade que também se pode construir um sistema de valores baseado numa conceção objetivista dos bens que atribuisse um valor absoluto e imponderável a cada bem, como a vida. Por esse caminho, também se afasta uma análise utilitarista do valor dos bens, independentemente de uma prevalência do dever.

ofendido funciona como causa de justificação do facto se houver uma prevalência da autonomia sobre o desvalor da lesão do bem jurídico, o que, por outras palavras, significa a disponibilidade do bem, na situação concreta.

Em suma, o pensamento fundamental em que se baseia o consentimento do ofendido é a limitação da intervenção penal pelo valor preponderante da autonomia.

Para que haja uma verdadeira causa de justificação como está prevista no artigo 38º do Código Penal, é necessário, porém, que exista um explícito conflito, não resolvido previamente pelo legislador penal, entre a autonomia de consentir a lesão do bem e o valor do mesmo para o sistema jurídico-penal. Esse conflito não surgirá sequer se na delimitação do tipo incriminador for condição da relevância penal do comportamento o dissentimento do titular dos bens afetados.

Assim, por exemplo, o crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, enquanto crime contra a liberdade, previsto no artigo 156º do Código Penal, pressupõe o não consentimento da vítima, não ganhando existência fora desse contexto. Neste caso, não intervém o artigo 38º, tratando-se logo de uma mera questão de tipicidade.

2. *Distinção entre o consentimento como causa de justificação e de exclusão da tipicidade*

O consentimento é, na verdade, uma espécie de condição negativa da tipicidade e não se chega a configurar como uma causa de justificação, pensando em casos como o das intervenções médico-cirúrgicas.

Diferentemente, no caso de uma ofensa corporal, em que está em causa a integridade física pode surgir um conflito com a autonomia, em situações em que se terá de ponderar em concreto se o valor da integridade física, cuja proteção penal em si mesma não depende da autonomia, é superior, em certas circunstâncias de intensidade da lesão ou atinentes às finalidades, motivos, significado e razões

do consentimento, à proteção pelo Direito da liberdade de a vítima decidir sobre esse bem de que é titular.

A doutrina penal tem distinguido o acordo, como critério de delimitação da tipicidade, do consentimento como causa de justificação⁴²⁶, sendo esta última uma expressão da preponderância da autonomia sobre outros valores considerados em concreto menos significativos.

O acordo, como elemento de delimitação do tipo, tem a ver com a indissociabilidade entre a proteção penal de certos bens e a liberdade pessoal, como acontece, por exemplo, no próprio bem jurídico-penal da liberdade. O consentimento, diferentemente, pressupõe a independência do valor da autonomia do agente relativamente ao valor intrínseco, objetivo, de um bem jurídico.

É claro que a distinção feita atrás não permite catalogar facilmente todas as situações, pois em certos casos há bens cujo valor objetivo, intrínseco, depende de perspetivas culturais que tomem em consideração mais ou menos a autonomia. A própria integridade física em certos aspetos e dimensões não é absolutamente separável da autonomia. Cortar o cabelo, por exemplo, é, de um certo ponto de vista, algo atinente à integridade física, mas por não atingir um carácter irreversível de alteração do corpo associa-se mais à autonomia, à liberdade de apresentação perante os outros ou à imagem de si mesmo. E o mesmo se poderá afirmar ainda de partes do corpo em que a reprodução é rápida e fácil, como o sangue ou a saliva. Será, assim, aceitável que a distinção entre uma delimitação do acordo, como elemento de exclusão da tipicidade, e o consentimento, que pressupõe uma ponderação que vai para além da fronteira da mera relevância penal, se paute por um critério de significado do bem na perspetiva dos limites da autonomia e da justificação da tutela penal.

⁴²⁶ Cf. ANDRADE, M. DA COSTA, *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), 1991, § 9º, p. 137 e ss. e § 35º, p. 564 e ss..

Mas o problema de saber até onde e em que medida um bem jurídico integra no seu âmbito de proteção a autonomia e assegura em função dela a incriminação da sua lesão é em boa parte resolvido pelas opções legislativas, dentro do quadro constitucional. Assim, entender que a vida e a integridade física são bens de valor constitucional, objetivamente ou em si mesmos e não podem ser relativizados na sua proteção penal pela autonomia em face das agressões de outras pessoas, é expressão de uma valoração constitucional.

E, inversamente, as dimensões mais comuns da liberdade que não interfiram com a dignidade da pessoa humana, como as que se revelam em bens patrimoniais, revelam uma valoração constitucional dependente da autonomia do titular.

É assim esta linha de separação entre a objetividade de valor de um bem ou do seu valor apenas constituído em relação com a autonomia do titular que traça o enquadramento constitucional do estatuto e da relevância do consentimento do ofendido como causa de justificação do facto.

3. Distinção entre o consentimento e o acordo (cont.). Requisitos legais do consentimento. A cláusula dos bons costumes

A distinção entre um consentimento justificante e um acordo meramente excludente da tipicidade em função da natureza dos bens jurídicos lesados corresponde à distinção entre uma verdadeira ponderação concreta feita pelo julgador com critérios de pesagem do valor relativo de interesses em conflito ou à preponderância *ab initio* da autonomia assumida pelo legislador ao abster-se de incriminar certos comportamentos.

Deste modo, no consentimento como causa de justificação existem critérios legais que têm de ser constatados e ponderados em concreto pelo julgador para se poder concluir, em face de um certo comportamento, que a dimensão da lesão de um bem jurídico, como, por exemplo, a integridade física, não assume intensidade e relevo suficientes para preponderar sobre a autonomia.

O artigo 38º do Código Penal, em conjugação com o artigo 149º, atinente às ofensas corporais, estabelece os requisitos gerais da relevância do consentimento.

A par dos pressupostos relativos à efetiva autenticidade do consentimento e da capacidade para consentir, de que se falará, o artigo 38º estabelece a exigência de que o facto consentido não ofenda os bons costumes⁴²⁷.

Por outro lado, o artigo 149º, nº 2, do Código Penal, a propósito das ofensas corporais, estabelece o critério concreto de verificação da ofensa aos bons costumes.

Diz tal preceito o seguinte: “para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa”. Descortina-se, assim, uma conjugação de critérios não exaustivos (note-se a expressão nomeadamente), em que releva a orientação da ação (motivos e fins), mas também a sua identidade subjetiva e social, o modo de execução (meios empregados) e a intensidade previsível da lesão.

Os vários índices exprimem globalmente o coeficiente de ofensa possível de que é suscetível o bem jurídico, articulando o aspeto de relevância social e de danosidade do facto, numa perspetiva *ex ante*, antecipável pelo agente e pela vítima.

Os bons costumes verificáveis a partir destes critérios não correspondem à satisfação de uma moralidade subjetiva determinada ou de cariz religioso, mas a uma relevância ético-social da conduta a partir da conjugação de vários fatores.

A doutrina portuguesa tem entendido, predominantemente, a partir da leitura de FIGUEIREDO DIAS, que os bons costumes são expressão de uma dimensão de ofensa desrazoável do bem jurídico⁴²⁸.

⁴²⁷ Sobre tal questão, cf. ANDRADE, M. DA COSTA, *ob. cit.*, § 34º, p. 537 e ss..

⁴²⁸ Cf. Direito Penal, *ob. cit.*, p. 448 e ss..

Embora os critérios legais possam dar um enfoque excessivamente subjetivo ao critério dos bons costumes, a verdade é que a interpretação do Código Penal está naturalmente condicionada por uma lógica constitucional pluralista e democrática, em que sejam tidos em conta vários direitos e liberdades fundamentais.

Assim, a pura finalidade “imoral” ou contrária a uma ética social dominante de uma pequena lesão da integridade física não é suficiente para a legítima invocação de uma violação dos bons costumes, que seja impeditiva da livre disponibilidade da integridade física pelo seu titular.

E, por outro lado, uma aceitação da lesão irreversível da integridade física, por razões moralmente dignas, pode violar os bons costumes, na medida em que é a pessoa do agente e a substância das funções do seu corpo que estarão em causa e que cabe ao Direito proteger como bens indisponíveis subjacentes à dignidade da pessoa.

Assim, a cláusula dos bons costumes do artigo 38º, concretizada a propósito das ofensas corporais, é uma indicação subjetivo-objetiva da identidade social negativa de uma lesão de bens jurídicos. O crivo dos bons costumes serve para excluir da justificação comportamentos significativos de lesão do núcleo indisponível de certos bens fundamentais.

Por razões de motivação e finalidade e de dimensão de lesividade, certas ofensas atingem a relação do bem com a dignidade humana, a integridade moral e pessoal, a liberdade de consciência ou a possibilidade de se afirmar uma pessoa digna e autónoma. Tais razões excluem as referidas lesões de uma livre disponibilidade de direitos e interesses.

Com esta interpretação, relaciona-se a ofensa aos bons costumes com valores constitucionais, retirando-lhe um carácter puramente moralista e subjetivo, e tornando-a uma cláusula com funcionalidade jurídica e adaptada à linguagem e aos fins do Direito.

Apelar à cláusula dos bons costumes impõe ao intérprete uma argumentação a partir da Constituição em que se avalia o atentado ao núcleo indisponível de um bem jurídico, dentro de um quadro

de valores pluralista e sem colisão com o princípio da necessidade da pena.

4. Os requisitos do consentimento relacionados com a capacidade de quem consente

O artigo 38º prevê requisitos da capacidade de consentir e da autenticidade do consentimento.

Quanto aos primeiros, requer, no seu nº 3, uma idade superior a 16 anos e o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance no momento em que o consentimento é prestado.

Esses requisitos que, no que se refere à idade, resultam agora de uma alteração introduzida pela reforma de 2007, equiparam a situação de quem consente na lesão dos seus bens jurídicos com a do agente imputável. Diferentemente, antes da reforma, a lei, baseada na doutrina, usava um critério etário inferior, de 14 anos, em nome de uma “capacidade natural” para dispor livremente de certos bens.

No entanto, essa perspetiva que poderia ter justificação relativamente a certos bens não pessoais tem muito difícil compatibilização com aqueles bens como a liberdade sexual ou a integridade física em que mesmo ofensas mais leves podem assumir um significado intenso na perspetiva do desenvolvimento do adolescente.

Mesmo o consentimento numa tatuagem, por exemplo, embora seja admitido, em face de uma perspetiva liberal de bons costumes compatível com a Constituição, é pela sua eventual repercussão na imagem e integridade física da pessoa algo que pressupõe condições de desenvolvimento psicológico mais maduras, associadas desde logo e em primeiro lugar a uma idade em que já se seja também responsável penalmente.

A ideia de capacidade natural para consentir foi, assim, superada por uma capacidade de ser responsável perante os outros.

Seja como for, o Código Penal, exige para além da idade o discernimento necessário para avaliar o sentido do consentimento no momento em que é prestado.

Após a reforma de 2007, por outro lado, deixou de existir desfasamento tão elevado entre a norma geral da justificação pelo consentimento e o limite de idades em que se poderia ser vítima de crimes contra o livre desenvolvimento sexual.

5. Requisitos do consentimento do ofendido relativos à autenticidade do consentimento

O artigo 38º, nº 2, do Código Penal prevê condições da relevância justificativa do consentimento quanto à respetiva autenticidade.

O nº 2 do artigo 38º enuncia tais condições como a expressão do consentimento por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido.

Trata-se, deste modo, e em síntese de expressividade objetiva do consentimento, vontade séria, vontade livre, vontade esclarecida. A estas exigências adiciona-se a atualidade do consentimento que implica todos estes requisitos no momento da prática do facto e a possibilidade de revogação do consentimento durante a execução do facto pelo agente.

Analisando cada uma destas exigências da autenticidade do consentimento, verifica-se que o consentimento relevante tem de ser constatável como tal (por um meio objetivamente identificável), revelação de uma vontade própria do agente (livre e esclarecida) e não colidente com a liberdade de disposição dos interesses (sendo, por isso revogável não só até ao início da execução, mas durante a execução se a suspensão da continuação da execução puder ser ainda eficaz).

O sentido global destas exigências é inviabilizar que, através de uma interpretação não absolutamente inequívoca, seja deduzida a vontade de uma pessoa em conflito possível com o entendimento pelo próprio de qual é a sua vontade efetiva. Todavia a vontade efetiva pressupõe suficiente liberdade e maturidade, sendo, assim, uma vontade valorada e relacionada com a consciência de si mesmo e não um mero facto espontâneo.

Quer isto dizer que não basta uma vontade não comunicável e não interpretável inequivocamente segundo as regras da experiência comum como consentimento. Também não basta uma vontade coagida ou prestada por pessoa sem condições de capacidade e maturidade suficientes para optar pelo consentimento.

6. O conhecimento do consentimento

Segundo o artigo 38º, nº 4, do Código Penal “se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa”.

Só explicitamente a propósito do consentimento é que o legislador previu as consequências de um comportamento objetivamente congruente com a conduta descrita como causa de justificação, mas subjetivamente compreendido pelo agente como sendo uma conduta típica.

Neste caso do consentimento, trata-se de situações em que o agente, por exemplo, subtrai um facto, à suposta vítima, um seu colega de quarto, desconhecendo que a vítima teria comunicado à empregada doméstica de ambos que o agente poderia ficar com ele para si.

A punição a título de tentativa nestes casos significa que a lei penal entende que, apesar de a autonomia e liberdade de disposição dos interesses da vítima não ter sido posta em causa, o agente revelou com objetividade uma vontade de interferir na esfera de liberdade da vítima que consubstancia já um ilícito penal. A punição por tentativa significa o reconhecimento de desvalor da ação, na perspetiva de uma ação objetiva orientada para a violação de normas e deveres de não interferência nos bens alheios que não se concretiza numa lesão efetiva, apenas, por força do consentimento prestado pela vítima, mas não conhecida do agente.

A solução de punir por tentativa, que em regra é menos gravemente punida do que o crime consumado, corresponde, simultaneamente, a uma negação da causa de justificação e à aceitação de uma diminuição substancial da gravidade do ilícito.

É difícil, porém, sustentar que, no caso do consentimento, tenha havido efetivo perigo para o bem jurídico, na medida em que o valor prevalecente na proteção do bem jurídico – a autonomia da vítima – não foi afetado de todo.

É ainda, no entanto, a proteção assegurada pelo Direito ao bem jurídico afetado, a propriedade ou a integridade física, por exemplo, que justifica a manutenção do ilícito e respetiva punibilidade. Não será, assim, um mero perigo abstrato para a autonomia da vítima que justificará o ilícito do facto, mas o comportamento de agressão do bem jurídico que suporta o objeto da ação (no exemplo, integridade física ou propriedade), desconsiderando-se o valor excludente da ilicitude da vontade não conhecida do ofendido, isto é da ausência de prejuízo efetivo e concreto para a autonomia⁴²⁹. Esta solução é, em muitos casos, desproporcionada relativamente à necessidade de proteção penal da autonomia.

7. *Questões não estabilizadas sobre o consentimento*

Sendo este o quadro valorativo do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, existe um núcleo de questões cujas respostas não estão estabilizadas pela doutrina e que são fundamentalmente de dois tipos: questões relacionadas com o âmbito de relevância do consentimento em relação com a disponibilidade dos bens jurídicos protegidos, em que se discute até onde pode o consentimento afastar a proteção jurídico-penal de um bem, e questões relacionadas com o que se considera uma vontade autêntica e capaz de afastar a proteção jurídica.

A concretização dos critérios depende das variações históricas sobre o âmbito da autonomia e o valor objetivo dos bens protegidos pelo Direito Penal. Por exemplo, a cláusula dos bons costumes pode ser entendida num sentido mais moralista e subjetivista ou mais minimalista e objetivista conforme a tendência histórico-cultural e os próprios critérios constitucionais.

⁴²⁹ Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO *Direito Penal*, ob. cit., p. 488 e ss..

Como já foi referido, a perversidade de um motivo numa ofensa à integridade física irrelevante não põe necessariamente em causa os bons costumes, numa perspetiva de proteção da dignidade da vítima e de reparabilidade do dano. Por outro lado, mesmo motivos nobres e altruístas podem não excluir a ofensa aos bons costumes em função da irreversibilidade do dano.

A cláusula dos bons costumes é apenas a produção, em linguagem comum, de uma lesão de bens jurídicos fundamentais proporcional para salvaguarda de outros. Não existem “bons costumes” que estejam em contradição com valores constitucionais de igualdade e não discriminação racial, por exemplo. Também nunca se poderia considerar de acordo com os bons costumes uma doação de órgãos entre vivos que fosse condição para resolver um problema económico ou mesmo consistisse num sacrifício familiar para assegurar um casamento e a conseqüente subsistência dos filhos.

Quanto às questões de autenticidade do consentimento, as respostas estão condicionadas pelos meios de comunicação de vontade considerados válidos e adequados num determinado momento histórico. A comunicação nas redes sociais da vontade pode vir a ser aceitável, na medida em que haja condições de verificação da autenticidade.

Por outro lado, também os problemas de autenticidade da vontade associados à liberdade e à capacidade do ofendido têm a ganhar com o conhecimento de ciências, como a Psicologia, sobre a formação da vontade e o desenvolvimento e maturidade da personalidade⁴³⁰. E, sem dúvida, há conceções filosóficas sobre a autonomia que se jogam neste âmbito.

⁴³⁰ Desde PIAGET, J., *Le Jugement Moral chez L'Enfant*, 1932, tem sido formulada uma “Psicologia do Desenvolvimento”, tanto das capacidades cognitivas como da capacidade de decisão moral, mostrando fases no desenvolvimento conforme as idades. PIAGET fala em etapas de desenvolvimento, através de um progressivo equilíbrio entre assimilação e construção resultando em adaptação. KOHLBERG distingue fases no desenvolvimento [estádios morais da capacidade de ajuizar e decisões morais que começariam por uma fase pré-convencional, em que as regras morais derivam da autoridade, em que se obedece para não ser castigado,

A excessiva pressão mediática ou de meios institucionais que possa condicionar a vontade de doação de um órgão é um fator limitativo da autonomia da vontade, que levanta muitas dúvidas de legitimidade aos concursos televisivos que têm visado em certos países obter doação de órgãos.

Também o facto de a Psicologia assinalar a maturidade da personalidade tardiamente no desenvolvimento da pessoa não pode deixar de levantar entraves a uma aceitação precoce⁴³¹ da capacidade para consentir, pondo em causa a doutrina tradicional da suficiência da “capacidade natural” para consentir.

E – O consentimento presumido

1. Fundamento

Prevê o Código Penal, no artigo 39º, uma figura de consentimento com um fundamento diverso e requisitos diferenciados dos previstos no artigo 38º – o consentimento presumido.

não havendo capacidade para decidir autonomamente problemas morais, passando por uma moralidade de intercâmbio, em que se estabelecem trocas e acordos, a partir da representação dos outros para além do próprio interesse, um nível já convencional, constituído pela etapa de uma moralidade normativa interpessoal e da moralidade do sistema social, em que o sujeito se representa como quem cumpre as regras, preocupado com os sentimentos dos outros acerca de si ou, no último estágio se representa mesmo como membro integrado da sociedade, que entende como um sistema de regras consistente aplicáveis imparcialmente a todos os membros. No estágio pós-convencional, o sujeito reconhece valores, princípios universais, independentemente das regras vigentes, reconhecendo que as regras são válidas porque se apoiam em princípios ou valores (cf. KOHLBERG, L., “Moral Stages and Moralization: the cognitive – development approach”, em T. Lickona (ed.), *Moral Development and Behavior: Theory, Research, and Social Issues*, 1976).

⁴³¹ Na realidade, se PIAGET nos conduz a uma ideia de estágios de acordo com fases etárias, as teses de KOHLBERG desafiam-nos a refletir se a maioria dos adultos atinge mesmo o estágio pós-convencional, na decisão moral. Seja como for, a partir de PIAGET entende-se que há um processo longo de assimilação e integração de valores, num caminho de construção e desenvolvimento da personalidade, que só pode ser atingido numa fase avançada da adolescência.

No consentimento presumido, o ofendido não manifesta expressa e atualmente a vontade de permitir a lesão dos bens jurídicos de que pode dispor, por se encontrar numa situação de incapacidade para tal. Apesar disso, não só o seu verdadeiro interesse como sobretudo a sua vontade estariam em causa se não fosse realizada a intervenção na sua esfera de bens. Por exemplo, a não realização de uma intervenção médica ou cirúrgica numa pessoa inconsciente poria em causa a sua vida ou saúde.

A doutrina penal contemporânea tem situado o fundamento do consentimento presumido na vontade hipotética do titular do bem jurídico ofendido e não no seu interesse objetivo avaliado por terceiros. Deste modo, é o recurso aos indícios objetivos de qual seria a vontade do ofendido, através de indicações por ele dadas, anteriormente, ou através das pessoas próximas, que sustenta uma espécie de reconstrução da vontade do agente – aquela que ele teria manifestado se estivesse ao seu alcance exprimi-la no momento da lesão do bem jurídico.

2. Requisitos

Os requisitos do consentimento presumido que a lei penal prevê são, assim, de dois tipos: desde logo, requisitos situacionais, referentes à ausência de efetiva possibilidade de manifestação da vontade, e requisitos de reconstrução da vontade através de um juízo hipotético sobre a vontade do ofendido, que o Código Penal refere, sobretudo, a uma suposição razoável. Essa suposição razoável, porém, não pode atender apenas à perspectiva de uma qualquer pessoa na situação do titular do interesse, mas sobretudo à inferência lógica que qualquer pessoa retiraria sobre os indícios existentes acerca da vontade real do ofendido, entendida como vontade esclarecida.

No caso, por exemplo, de o ofendido ser a vítima de devassa da vida privada haveria uma inferência segundo juízos de razoabilidade, se se concluísse na sua ausência ou em estado de inconsciência, que não permitiria que um diário íntimo fosse divulgado, mesmo

que esses elementos pudessem ser úteis para prova de um crime por terceiros. E o mesmo se teria de concluir se existissem declarações anteriores expressas sobre o valor absoluto que dava à sua intimidade privada.

O exemplo anterior ultrapassa, todavia, a lógica da causa de justificação e estende a análise do consentimento presumido a situações de delimitação do tipo, como as que estão previstas no artigo 156º do Código Penal, a propósito das intervenções médico-cirúrgicas.

No entanto, os critérios estabelecidos nesta norma (artigo 156º, nº 2) para a relevância excludente da tipicidade da atuação sem consentimento efetivo correspondem a uma explicitação de pressupostos do consentimento presumido com uma função de delimitação do tipo incriminador, obedecendo a uma lógica em que a gravidade da situação e o interesse objetivo da vítima bastam a par da mera ausência de certeza e segurança quanto à vontade real do titular do interesse para que se afaste a tipicidade do crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado). Numa situação, porém, de verdadeira causa de justificação do consentimento do ofendido, teria de existir uma inferência positiva ou minimamente segura sobre a vontade hipotética do ofendido.

Com efeito, se no caso da delimitação da tipicidade o legislador entendeu que a saúde do ofendido não poderia ceder perante a dúvida sobre a sua vontade, já no caso do consentimento, que pressupõe, ainda, naturalmente o crivo dos bons costumes, a exclusão da responsabilidade a ponderar pelo juiz depende, mais rigorosamente, da fundamentação numa vontade hipotética consistente do ofendido, não se bastando com a ausência de uma explicitação.

Situações do tipo das previstas no artigo 156º do Código Penal fazem pautar uma lógica de consentimento presumido pela de um “estado de necessidade de decisão” dos médicos ou de outros agentes de intervenções médico-cirúrgicas.

f – O sentido da justificação no Direito Penal e as causas de justificação supra-legais

1. Critérios materiais de justificação e causas de justificação supra-legais

A questão da existência de causas de justificação “supra-legais”, isto é, de causas de justificação inexplícitas, que constituam figuras de contornos precisos, para além das próprias figuras legais, recebe do que foi exposto acerca dos princípios justificadores uma essencial contribuição, sendo, por outro lado, um tema em que se joga, absolutamente, o conceito material de justificação que já foi analisado.

Em primeiro lugar, uma reconstrução do fundamento e limites da legítima defesa, como a que foi sustentada, implica, necessariamente, a criação de uma área de condutas tradicionalmente abrangidas pela causa de justificação, entendida como uma legítima defesa genericamente ilimitada, “expulsa do paraíso legal”, mas, nem por isso, sem merecimento justificador, noutros termos e segundo outros critérios. Em segundo lugar, novas ideias justificadoras poderão ainda ser derivadas de princípios, que funcionem como princípios evolutivos, adotando a imagem que ESER⁴³² utiliza a propósito de uma cláusula de remissão para a globalidade da Ordem Jurídica, como também se revela, entre nós, no artigo 30º do Código Penal.

Assim, situações em que a justificação no Direito Penal tem sido suscitada como problemática, dada a fronteira com a desculpa, ou em que um novo critério de valor, não inserível nas causas de justificação tradicionais, pareça estar em causa podem suscitar causas de justificação supra-legais. Interessará, sobretudo, averiguar se há justificação ainda quanto a condutas que apenas são insuscetíveis de

⁴³² ESER, A., *Die Wahrnehmung der berechtigten Interessen als allgemeiner Rechtsfertigungsgrund – Zugleich ein Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives Recht*, 1969, p. 51 e ss..

lesar a norma penal, como já foi referido, apesar de não realizarem, positivamente, um valor prosseguido pelo Direito.

O apelo a situações justificativas não previstas na Lei surge, desde logo, a propósito de figuras indiscutivelmente díspares das causas de justificação legais, mas que com elas têm uma proximidade tal, que, aparentemente, realizam a mesma função. Assim, por exemplo, a defesa contra agressão futura, mas altamente provável, ou contra agressão lícita provocada pelo deficiente, são formas de exercício do direito de defesa, embora não cumpram nem os requisitos da legítima defesa nem os do estado de necessidade. A relação destas figuras com o conceito de justificação manifesta-se, então, em duas vertentes: a suscetibilidade de uma justificação supra-legal, num terreno já regulado pelo direito positivo, através das figuras legais conhecidas, e condutas que não manifestam de forma clara uma realização de valor poderem beneficiar de um efeito universal na delimitação de direitos característica da justificação. Em ambos os casos se apela ao conceito de justificação subjacente às figuras legais, que forma a sua estrutura lógico-valorativa.

Para além destes casos, a justificação insinua-se, igualmente, em áreas manifestamente diversas das figuras tradicionais, como a atuação para a promoção de interesses legítimos, patente, legalmente, nos crimes de difamação e de injúrias e nas gravações ilícitas, em que a própria função justificativa, enquanto algo mais que defesa ou proteção de bens, parece diversa das causas de justificação tradicionais. Também aqui permanece, no entanto, a pergunta essencial a que já atrás se fez referência sobre o conceito de justificação: o que é, verdadeiramente, necessário para que uma conduta lesiva de um bem tenha um estatuto (universal) de valor, que legitime a proibição da legítima defesa de condutaspositoras.

2. Legítima defesa preventiva e estado de necessidade defensivo

As primeiras situações revelam-se nas figuras da legítima defesa preventiva e do estado de necessidade defensivo. Independentemente da construção dogmática dos limites das figuras legais de referência,

é, em abstrato, discutível se a defesa contra uma agressão meramente previsível ou não ilícita deve ser justificada segundo critérios menos restritos do que os do direito de necessidade.

Um poderoso argumento contra resulta de tanto a legítima defesa como o direito de necessidade irromperem no seio de uma estática articulação recíproca de direitos entre os sujeitos de diferentes esferas jurídicas, como autorizações de modificação dessa articulação, por força de um fundamento excepcional considerado pelo legislador. Consequentemente, a possibilidade conferida pela legítima defesa de intervir lesivamente, de forma amplíssima, na esfera alheia, só se poderá legitimar por uma profunda razão de Justiça, conferida pela ilicitude e atualidade da agressão, e nunca, apenas, por uma racionalidade de repercussão de danos, segundo uma outra lógica, provavelmente admissível no Direito Civil.

Na verdade, somente o autor de facto ilícito parece criar as razões para que a equitativa proteção das esferas jurídicas, que implica uma inibição de cada um produzir danos na esfera alheia, se desfaça (privilegiando a vítima da agressão). Somente o agressor ilícito viola a proteção igualitária da autonomia ou mesmo a defesa da Ordem Jurídica. Este argumento, fortalecido com a verificação dos limites legais das figuras de causa de justificação citadas, tem, desde logo, um limite no caso do próprio direito de necessidade, devido a uma percepção do valor social dos bens jurídicos, de modo que a sua proteção não se justifica puramente pela igualdade formal na proteção das esferas jurídicas, como também pela própria manifestação de solidariedade social, associada àquela consideração do valor geral dos interesses individuais.

Mas aqui, dir-se-á, o princípio da igual proteção das esferas jurídicas tem uma limitação excepcional, dependente da atribuição de um valor superior de certos bens relativamente a outros, desde que não pertencentes a uma esfera reservada quanto à sua natureza ou valor.

A vontade do legislador na configuração dos limites das figuras parece sedimentar-se em motivos de elevada racionalidade e de Justiça.

O espaço intercalar entre o estado de necessidade e a legítima defesa poderia ser, assim, um terreno de nenhum merecimento justificador. A esta colocação do problema opõem-se, no entanto, considerações baseadas na própria ideia de justificação no Direito Penal.

Com efeito, a justificação de uma conduta implica, necessariamente, um valor intersubjetivamente reconhecido. Se se entender que uma conduta só será justificada na medida em que merece uma especial proteção jurídica, por corresponder à realização positiva de um valor jurídico, então dificilmente se poderá admitir que condutas meramente não desvaliosas ou não absolutamente valiosas atinjam idêntico estatuto. Já atrás se admitiu uma dissociação entre algum valor intersubjetivo e um valor em si mesmo, positivo, nas referências feitas a situações de justificação fraca.

Mas um valor intersubjetivo também não é, de todo, negado, por exemplo, na defesa preventiva⁴³³, em que apenas se constata que esta não pode realizar qualquer valor dos que, tradicionalmente, foram atribuídos à legítima defesa (como a defesa da ordem jurídica ou da autonomia⁴³⁴), na medida em que a realização desse valor pressupõe um perigo efetivo da agressão. Na ausência desse perigo, parece que é precisamente o potencial agressor que poderá, em sua defesa, realizar esses valores, invertendo-se o problema. No

⁴³³ A defesa preventiva é uma figura desde sempre considerada pelo pensamento jurídico. Assim, veja-se PUFENDORF, *De Jure Nature et Gentium*, cit., Liv. II, V, 6. No entanto, a sua introdução, na linguagem jurídica contemporânea, como situação próxima da legítima defesa, deve-se à doutrina alemã, a partir do comentário de LARENZ a uma sentença do BGH, em 1957. Reconhecendo também a figura no direito português, ANDRADE, M. DA COSTA, em "Sobre a valorização, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares", em *separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1981.

⁴³⁴ Fundamenta a legítima defesa na defesa da Ordem Jurídica CORREIA, E., *Direito Criminal*, II, ob. cit., p. 36, seguindo uma linha publicista de origem neo-hegeliana de bastante relevância na Alemanha. Mas essa perspectiva teve a sua principal confrontação teórica através do texto de STRATENWERTH, G., "Prinzipien der Rechtfertigung", em *ZStW*, 68, 1956, p. 41 e ss., que buscou na ideia de autonomia o fundamento dos amplos limites da legítima defesa.

entanto, se essa específica realização positiva de valores não surge na defesa preventiva, ainda assim se divisa uma certa exigência de equidade na redução do desvalor desse tipo de conduta.

A não ser que prevaleça uma visão abstrata e ideal da necessidade de defesa do Direito ou da igualdade na proteção da autonomia, parece evidente que a defesa do futuro agressor não exprime, concretamente, a realização desses valores. Mas, por outro lado, a defesa preventiva anula a potencialidade de lesão de bens jurídicos que atinge o agente e incrementa a segurança em torno daqueles.

Na medida desta última ponderação, existe uma razão para algum favorecimento da posição do autor da defesa preventiva. A própria igualdade na proteção jurídica seria afetada, se fosse conferida ao potencial agressor uma plena proteção em desfavor do que, preventivamente, se defende, pois o primeiro gera, afinal, uma representação geral de perigo (embora ainda não um perigo concreto) com plena objetividade.

Se *A* ameaça matar *B* e começa a dirigir-se a casa daquele nessa disposição, ou se já mascarado e armado se dirige para as instalações do banco para o assaltar, poderá não haver agressão ilícita, ainda, tratando-se de meros atos preparatórios⁴³⁵, mas já se desencadeou uma representação de perigo, foram afetadas a confiança e a segurança quanto à proteção de bens jurídicos. Impedir *B* de promover a sua proteção, à custa de *A*, seria incrementar o desequilíbrio na proteção das esferas jurídicas a promover formalisticamente a realização de valores (como a autonomia)⁴³⁶.

⁴³⁵ Nos termos do artigo 22º, nº 2, alínea c), não haverá atos de execução se não se divisar numa objetiva sequência causal uma previsível sequência dos atos diretamente causais. O caso, porém, é discutível se o agente estiver prestes a entrar no banco, utilizando um modo de atuação já conhecido.

⁴³⁶ Refere-se a ideia de confiança, de múltiplas aplicações no Direito Civil, como suporte do instituto da boa fé. A racionalidade da sua relação com as causas de justificação apenas esclarece ser adequada a perspectiva de LARENZ sobre o valor constitucional (de Estado de Direito) deste princípio. Deve sublinhar-se, no entanto, que a razão de ser do princípio é, mais do que a segurança, a igualdade na proteção jurídica.

A igualdade na proteção jurídica e a realização material dos fins da Ordem Jurídica imporá que a lesão, numa certa medida, dos bens do futuro agressor seja menos importante do que a promoção da segurança em relação aos bens do defendente.

Mas uma tal perspectiva deve ser sobriamente encarada como uma expressão ponderativa diversa da do direito de necessidade. O valor realizado pela defesa não resulta absolutamente da superioridade do valor que esta conduta concretamente realize, numa ótica de confronto entre interesses conflitantes, mas sim de não ser possível uma decisão valorativa de desproteção dos bens do defendente preventivo, tendo em conta o princípio orientador das causas de justificação da igualdade na proteção jurídica entre os titulares de direitos envolvidos. O merecimento da conduta do defendente preventivo não resulta do valor social dos interesses conflitantes ou da solidariedade social, mas apenas da proteção equitativa dos sujeitos jurídicos de tal conflito.

Desta sorte, a defesa preventiva não tem de obedecer à superioridade do interesse, como o direito de necessidade, embora não possa, também, aceder à intensidade da lesão permitida em legítima defesa. O seu critério é o da justa proteção do concreto “direito” à segurança dos bens jurídicos (das expectativas e da confiança quanto a esta segurança), dependendo, naturalmente, da relatividade valorativa deste “direito”, em confronto com a proteção merecida pelos bens pessoais de valor mais elevado⁴³⁷.

Também no estado de necessidade defensivo⁴³⁸, em que se configura a defesa contra uma agressão não ilícita, se justifica o apelo a princípios semelhantes na definição da proteção equitativa das esferas jurídicas, pressuposto do reconhecimento de direitos

⁴³⁷ Isto é, relativos a uma esfera pessoalíssima, essencial à vida humana digna.

⁴³⁸ Figura invocada frequentemente pela doutrina alemã, com alguma base no § 228º do BGB, mas desenvolvida pela doutrina como verdadeira causa de justificação supra-legal. Assim, muito intensamente, HRUSCHKA, J., em “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, *tex. cit.*, p. 189 e ss., e JAKOBS, G., *ob. cit.*, pp. 356-357.

aos sujeitos jurídicos. Pretender que a vítima do condutor de um veículo que perdeu, não ilícitamente, o controlo do mesmo, seja colocada numa posição de absoluta sujeição ao desenrolar dos acontecimentos, significa postular que o equilíbrio e a igualdade entre as esferas jurídicas se podem processar à custa de uma transferência evitável dos custos e riscos de uma delas para a outra.

Se ao agente não fosse permitido, quando o poderia, fazer parar de alguma forma o automóvel “assassino”, mesmo à custa de perigo para a vida do condutor, admitir-se-ia que o acaso, ou o acidente que criara a situação de perigo para o automobilista, deveria ser respeitado e não poderia ser feito cessar por um terceiro.

Nestes últimos casos, é também o princípio da igual proteção das esferas jurídicas que obsta a que alguém seja impedido de evitar um mal que se lhe impõe como um acontecimento natural, a partir de outra esfera jurídica, a não ser que razões de solidariedade social, relativamente ao causador do perigo, possam prevalecer.

É uma distribuição racional e equitativa dos custos pelas esferas jurídicas que justifica esta solução. Diferentemente das razões de Justiça que levam a limitar a legítima defesa à agressão ilícita, não se trata também de uma objetivação da agressão ilícita ou de uma extensão da legítima defesa à situação de agressão não ilícita, mas sim de uma colocação diversa do problema do merecimento justificador nestes casos.

O valor da conduta justificada é, aqui, apenas uma consequência da irrazoabilidade de uma decisão valorativa que positivamente promova a posição do criador do perigo.

Por outro lado, também o critério de justificação deve pautar-se pela mesma ideia de igualdade entre os valores conflitantes, de modo que a defesa de um bem de valor inferior à custa de outro de valor superior do causador do perigo não corresponde já à igualdade na proteção jurídica.

ROXIN, C., porém, dissolve o estado de necessidade defensivo na cláusula ponderativa do estado de necessidade, em “Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand”, *tex. cit.*, p. 457 e ss..

3. Comportamentos “não desvaliosos” e justificação enfraquecida. A lógica promocional de direitos

Já nas duas figuras atrás abordadas a ideia de justificação se flexibilizou relativamente às suas manifestações tradicionais. Na verdade, o valor realizado pela conduta justificada, que conduz à sua proteção absoluta contra qualquer obstáculo – ao seu efeito excludente de legítima defesa – é apenas um valor suportado pela igualdade. No estado de necessidade defensivo, a ideia de justificação associa-se ao não desvalor de um comportamento, permitindo que se mantenham os argumentos a favor da igual proteção do outro sujeito conflituante – isto é, da permissão de uma defesa com os mesmos limites⁴³⁹.

A justificação penal, abarca, assim, novo âmbito, em que deve reconhecer ainda a justificação de uma conduta, apesar da ausência de realização de um valor de conteúdo positivo.

Mas pode a justificação, no Direito Penal, estender-se, numa variante enfraquecida, sem contradições sistemáticas, a outras áreas em que, de igual modo, o valor de uma conduta para a ordem jurídica seja tão só uma derivação da impossibilidade de lhe atribuir desvalor? Uma nova situação aqui enquadrável parece ser guiada pela expressão genérica de causa justa ou de realização de um interesse legítimo, utilizada pelo legislador penal nos crimes contra a honra e a intimidade da vida privada⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Admitindo-se, consequentemente, causa de justificação contra causa de justificação. Na verdade, mesmo que se admita que a posição do defendente merece proteção positiva na medida em que fundamenta um direito – e nesse sentido se pode falar da realização de valor – a igualdade na proteção jurídica (relativamente ao agressor) neutraliza ou relativiza essa aquisição de valor da conduta defensiva.

⁴⁴⁰ Artigos 180º e 192º referindo-se ao “interesse legítimo” como fim da imputação de factos na difamação ou no “interesse legítimo público e relevante” no artigo 192º, nº 2. Note-se, porém, que FIGUEIREDO DIAS considerava as referências legais à “justa causa” uma “menção redundante da ilicitude” (*Problema da Consciência da Ilícitude*, ob. cit., p. 448 e ss.). A tal redundância obsta, no entanto, a possibilidade, lógico-jurídica, de um sentido autónomo para a justa causa (artigo 9º, nº 3, do

Este conceito parece estar desligado de uma ponderação de interesses como a do estado de necessidade, quer porque a referência ao estado de necessidade seria absolutamente desnecessária quer porque as situações típicas a que se refere deixa adivinhar que o pensamento legislativo se vincula à realização de um certo tipo de fins, socialmente associados àquelas condutas, e que as justificam independentemente do grande valor dos interesses lesados⁴⁴¹.

Com efeito, tanto no terreno das gravações ilícitas para fins processuais como na lesão do segredo profissional é concebível que a balança ponderativa apenas possa chegar ao puro equilíbrio, sem atingir inequivocamente a superioridade do interesse. E, por outro lado, não se manifesta, nestas situações, o pressuposto típico do estado de necessidade, o perigo atual para o bem jurídico.

Estas condutas surgem como promoção ou incremento de valores ou de interesses, alterando a perspetiva teórica subjacente às causas de justificação clássicas.

O exemplo, enquadrável na figura do interesse legítimo, para o qual têm convergido as atenções da doutrina, é o das gravações ilícitas para fins de defesa processual em crimes contra a honra ou na extorsão.

A redução à ponderação de interesses característica do direito de necessidade, nestes casos, é altamente problemática, pois a violação de intimidade da vida privada é um bem não inequivocamente inferior ou até superior ao bem que se pretende assegurar.

Código Civil). Na versão de 1995 do Código Penal subsistiu uma referência aos interesses legítimos no crime de difamação (artigo 180º), que se mantém no artigo 180º, nº 2, alínea a). Cf. COSTA, J. DE FARIA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2ª ed., 2012, p. 918 e ss..

⁴⁴¹ Estas situações são habitualmente reconduzidas pela doutrina alemã à figura dos interesses legítimos prevista no § 193º do StGB e que, por vezes, é sugerida como figura justificativa de alcance geral, cf. ESER, *supra* citado, nota 337.

Também o enquadramento destes casos na legítima defesa preventiva deve ser esclarecido no seu significado. Assim, apesar de eles poderem surgir como meios de evitar uma futura burla processual e, consequentemente, uma agressão futura, segundo a lógica de defesa contra um perigo ainda não atual, na verdade eles partem, sobretudo, da consideração de um direito a maximizar os bens da esfera própria, assegurando-lhe vias para o seu mais perfeito desenvolvimento. Não é tanto a agressão futura que os justifica, mas a atual necessidade ou direito de assegurar as condições de um ótimo desenvolvimento dos bens próprios⁴⁴².

A via da defesa preventiva seria, com efeito, simultaneamente demasiado restritiva e demasiado ampliadora do direito em questão, se não aceitasse no seu seio uma lógica promocional.

Seria restritiva, se apenas dependente da necessidade imediata de proteção do bem que, futuramente, seria ameaçado, *maxime* o direito de defesa, desconhecendo o imediato valor da promoção de um direito. Assim, apenas levaria a considerar uma possibilidade remota de lesão como conteúdo do interesse a proteger, desconhecendo a atualidade do interesse em desenvolver um bem. E seria ampliadora, se, por se enquadrar numa lógica de defesa, viesse a desconsiderar a adequação a outros critérios fundamentadores da proteção de interesses, bastando-se com a necessidade. Deste modo, uma lesão da intimidade da vida privada para assegurar o direito à honra pode não ser necessária na perspetiva de uma defesa futura, pois existem meios processuais de proteção da honra, mas pode ser expressão do interesse, não atingível por outra via, em que as melhores condições do desenvolvimento desse direito se acautelem. E, por outro lado, mesmo uma lesão da intimidade da vida privada, absolutamente necessária para que a descoberta da verdade se verifique no processo penal, pode ser inadequada à promoção da Justiça⁴⁴³, num Estado de direito democrático.

⁴⁴² Cf. ESER, A., *text. cit.*, pp. 30 e ss. e 54 e ss..

⁴⁴³ Cf. ANDRADE, M. DA COSTA, *text. cit.*, pp. 28 e ss. e 36, não considerando sempre, no entanto, por força de uma pretendida absoluta descontinuidade entre o

Ganhando o seu espaço entre uma justificação que apenas se caracteriza pela defesa-proteção do *statu quo* dos bens jurídicos e uma outra, absolutamente inovadora, que se assume como defesa-promoção de interesses relacionados com direitos fundamentais, a justa causa ou a fórmula do interesse legítimo sugere a evolução do próprio conceito de justificação.

Para além dos crimes de injúrias e difamação, gravações ilícitas e da violação do segredo profissional, não se pode impedir a aplicação de idêntica fórmula a outras violações da intimidade da vida privada que não semeie, em si mesma, lesões mais profundas, na dignidade da pessoa humana, mas ainda respeite o mesmo espírito promocional dos direitos.

Uma justificação que, assim, não configura, de modo claro, uma realização de valores, por não surgir, necessariamente, como a realização de um bem mais valioso do que o lesado, extravasa ainda, num outro sentido, a ideia tradicional de justificação. Nela não predomina a perspetiva social de realização positiva de valores prevaletentes, inerente ao direito de necessidade, mas sim um pensamento mais próximo da liberdade na atividade social ou da adequação social. A justificação somente poderia exprimir a inadequação de um proibir atividades finalmente orientadas, adequadas e necessárias ao desenvolvimento de direitos, em situações a que a manutenção de uma proibição impedisse proteção de certos sujeitos.

E, finalmente, esta lógica promocional não deixará cobertas situações extraordinárias de resolução de carências sociais que a justificação clássica nunca poderia abranger, em que somente possa estar em causa um não desvalor da conduta típica? Assim, se uma pessoa sofrendo de doença grave não for (indevidamente) aposentada por invalidez, e procurar com expedientes enganosos

Direito Penal e a matéria de proibições de prova no processo penal, que a inadequação processual possa, por si, obstar à justificação penal de um facto orientado para a produção de prova, dado o conceito de causa justa no Direito Penal e, atualmente, de interesse legítimo.

manter o subsídio de desemprego para sobreviver, poderá admitir-se justificação quanto à burla se os factos demonstrarem que, em função de uma justa distribuição em concreto, o desempregado mereceria melhor proteção⁴⁴⁴?

A responsabilidade penal por burla não só é exageradamente desproporcionada ao seu facto, como não emana, como é normal, de uma indiscutível desvinculação ética do agente, pelo contrário a conduta do agente pode ter justificação ética nas circunstâncias em que age.

O traço decisivo das primeiras situações exemplificadas, que as torna facilmente justificáveis, é estarem em jogo bens meramente sociais, concebíveis a partir da sociedade, por ela atribuíveis aos seus elementos, e não a lesão de bens associados à proteção de um núcleo essencial da pessoa humana. Nesse sentido, não estaremos nessas situações fora dos limites do princípio negativo de irrestricção de direitos fundamentais.

A última situação pode estar, em contextos de necessidade extrema, e de falta de resposta social, obviamente, também dentro dos limites do princípio referido, sendo o tipo de bens ou interesses em jogo elementos de uma função de distribuição, cuja lesão depende do entendimento social. Trata-se, afinal, de uma espécie de direito de necessidade, em que um interesse eventualmente superior, mas não sensivelmente superior, adquire uma dimensão de promoção de uma distribuição social mais protetiva.

Finalmente, ambas as situações acrescentam ao princípio positivo das causas de justificação clássicas um outro aspeto, para além da insuportabilidade da não defesa de interesses ou bens (construída a partir do princípio da igualdade) – a insuportabilidade da não promoção de interesses ou bens, no desempenho de algumas atividades de utilidade social ou a mais discutível insuportabilidade da não aquisição “marginal” de benefícios para direitos fundamentais, compreendida a partir de um certo sentido mais social de igualdade.

⁴⁴⁴ É o exemplo impressionante que nos é dado no filme “I Daniel Blake” de Ken Loach, 2016.

§ 11º – Elementos subjetivos das causas de justificação

A – Os contextos sistemático, ético e ontológico do problema da relevância dos elementos subjetivos das causas de exclusão da ilicitude

1. O problema e os seus contextos: o contexto sistemático

Uma causa de justificação deve ser apenas a verificação objetiva de um conjunto de circunstâncias ou depende também de uma direção da vontade do agente relativamente à realização de valores ou à proteção de bens jurídicos? Na legítima defesa ou no direito de necessidade, o agente tem de agir por força da situação justificante ou, pelo menos, com a consciência da mesma? Esta é a questão, que muito tem ocupado o pensamento penal, sobre a existência de elementos subjetivos das causas de justificação.

A questão da existência de elementos subjetivos de uma causa de justificação coloca-se desde logo, num plano interpretativo, na perspetiva do respetivo fundamento. Deveremos apurar se a invocação de certa causa de justificação depende apenas do efeito de uma ação objetivamente protetiva ou, necessariamente, da manifestação, na conduta, de uma vontade protetiva. Tal pergunta pode fazer-se a propósito de qualquer causa de justificação como a legítima defesa, o direito de necessidade ou, como atrás vimos, o consentimento do ofendido, em que é explícita a previsão de elementos subjetivos.

A doutrina resolve, por vezes, na base de uma pura lógica sistemática (isto é, como decorrência do conceito de ilicitude), a opção sobre a relevância de elementos subjetivos de uma causa de justificação, formalizando a questão material. Por outro lado, a tendência jurisprudencial de associar a exigência daqueles elementos a outros requisitos de uma causa de justificação como, na legítima defesa, à necessidade do meio, ou ainda a conexão, frequente no passado, com a determinação da intenção

criminosa⁴⁴⁵, dificultam a procura do que constitui efetivamente o significado de valor da causa de justificação na ordem jurídica. A resposta à questão de saber se as causas de justificação integram elementos subjetivos depende, no entanto, da consideração de vários contextos. Distinguir-se-á um contexto sistemático, um contexto ético e um contexto ontológico.

a) O argumento sistemático

Segundo o contexto sistemático, a exigência de elementos subjetivos, nas causas de justificação, é, para alguns, harmónica⁴⁴⁶ com a inclusão do desvalor da ação no ilícito típico. Na ausência destes elementos, persiste tal desvalor (e, inversamente, a sua presença anula-o). Sendo constituída a ilicitude por desvalor da ação e desvalor do resultado, a sua exclusão deveria afirmar-se, inversamente, como valor da ação deduzido dos elementos subjetivos⁴⁴⁷ e valor do resultado.

Esta visão sistemática que, aparentemente, se alicerça na construção finalista é, porém, criticável, por várias razões.

Em primeiro lugar, a exclusão da ilicitude não é, necessariamente, baseada na inversão lógica da afirmação da ilicitude, podendo, como se viu, bastar-se com a sua não confirmação. Por outro lado, os próprios pressupostos e requisitos objetivos da causa de justificação não correspondem especificamente à inversão dos elementos objetivos em que se baseia a ilicitude: a agressão ilícita

⁴⁴⁵ Cf. SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehre vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrecht*, cit., p. 68 e ss..

⁴⁴⁶ Pelo menos harmónica, se não for uma decorrência, como alguns autores pretendem. Mas é harmónica, na medida em que o fundamento e a exclusão do ilícito se orientam pelo mesmo aspeto da relação do facto para com a norma proibitiva.

⁴⁴⁷ Assim, muito radicalmente, ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunvermögen im Unrechtsbegriff*, ob. cit., retirando da teoria das normas de ARMIN KAUFMANN aquela consequência.

e atual e a necessidade do meio, na legítima defesa, não são a inversão da ação de matar e do seu resultado (numa perspetiva objetiva), antes as pressupõem e lhes conferem uma diferente complexidade e sentido. A afirmação do dolo do tipo e a falta de consciência da situação justificante são respostas a questões autónomas.

Assim, a constatação da não ocorrência da causa de justificação por falta de elementos subjetivos não configura por si o conteúdo do juízo de ilicitude, antes pressupõe já a negação de um valor pelo comportamento doloso e corresponde apenas à verificação de que não existem razões para afastar esse desvalor⁴⁴⁸. A autonomia entre a afirmação da ilicitude⁴⁴⁹ a partir do tipo e a não verificação da

⁴⁴⁸ Sublinha essa autonomia, SCHMIDHÄUSER, E., em “Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht”, *text. cit.*, pp. 80-83, criticando uma mera relação de indício entre o tipo e a ilicitude e acentuando que a ilicitude não se fundamenta a partir da não-justificação, de modo que a análise material do crime se deveria compreender como fundamento da ilicitude, no tipo de ilícito, e exclusão da ilicitude, por força de uma causa de justificação.

⁴⁴⁹ Que é uma distinção, no próprio juízo de ilicitude, como se este tivesse dois momentos de conteúdo valorativo. Diferente é a construção clássica do tipo (e igualmente a finalista), que anula o significado valorativo da tipicidade e reduz a ilicitude à ausência de causas de justificação (autonomizadas, naturalmente, do tipo), como também a construção neoclássica, que distingue a ilicitude, como negação de uma causa de justificação, da ilicitude como abstrato predicado do desvalor de uma conduta típica e não justificada, e que, por isso, é somente uma conclusão valorativa que pressupõe a tipicidade, sem deixar de existir uma total nivelção, no objeto da ilicitude, entre a verificação do tipo e a ausência de causas de justificação (cf. ENGISCH, K., *text. cit.*, em *DJT Festschrift*, *text. cit.*, p. 411). A mesma nivelção se reconhece ainda, em todos aqueles que, não aceitando já uma teoria extrema dos elementos negativos do tipo, inspirados naquela percepção da ilicitude como ideal predicado de desvalor, venham a distinguir tipo-incriminador e tipos-justificadores, atribuindo a estes, no entanto, o mero papel de contra-tipo. Assim, FIGUEIREDO DIAS, que adere à conceção dos tipos-justificadores, admite, tão só, que uma certa distinção, entre estes e os incriminadores se verifique, na fundamentação do dolo, mas já não para a exclusão do mesmo (*O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, ob. cit., pp. 436-437). Na verdade, este autor, a propósito do erro sobre pressupostos factuais das causas de justificação, pode demonstrar que a falta de representação destes contribui para a consciência da ilicitude de modo

causa de justificação por falta de um requisito impede a vinculação lógica das causas de justificação à anulação da ilicitude indiciada, revelada ou fundada no tipo. O permitido devido a uma causa de justificação não anula lógico-formalmente o proibido, acrescenta-lhe algo que o desconfigura no seu sentido de desvalor, mas os seus requisitos ultrapassam uma inversão da afirmação da ilicitude típica.

Em qualquer causa de justificação, torna-se necessário averiguar se a desconfiguração valorativa do ilícito típico por ela operada resulta só da proteção objetiva de um bem, na situação justificante ou se a vontade é imprescindível. A resposta a tal questão não é uma decorrência sistemática do fundamento da ilicitude típica a partir do desvalor da ação e do desvalor do resultado⁴⁵⁰ embora o pressuponha. Como escreve SCHMIDHÄUSER, a negação do valor é pressuposta sempre e em primeiro lugar, na colocação do problema da exclusão da ilicitude⁴⁵¹.

b) O argumento dos elementos negativos do tipo

Diferente opinião só pode apoiar-se na continuidade valorativa entre o tipo e a exclusão da ilicitude, ou seja, na teoria que identificar as causas de justificação como elementos negativos do tipo⁴⁵².

idêntico à falsa representação de elementos essenciais do tipo incriminador; no entanto, não se chega a referir a um problema inverso, o da falta de elementos subjetivos da justificação, em que se discute não a exclusão, mas sim a fundamentação do dolo.

⁴⁵⁰ Criticando, também, a dedução sistemática da relevância dos elementos subjetivos das causas de justificação a partir da construção finalista da ilicitude, WAIDER, H., *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, 1970, pp. 180-196.

⁴⁵¹ Cf. *text. cit.*, p. 88: “é sempre pressuposta a violação do valor; sem referência a ela não se pode questionar significativamente a justificação...”.

⁴⁵² Também o nota FRISCH, W., em “Grund- und Grenzprobleme des sogenannten subjektiven Rechtfertigungselements”, *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, 1987, p. 113 e ss. (p. 145).

Segundo esta construção, o próprio dolo tem como objeto a não ocorrência das causas de justificação. Assim, a falta de elementos subjetivos da causa de justificação traduziria necessariamente uma dimensão do dolo.

Exigir-se-ia uma dimensão “monstruosa” de um dolo referido à ausência de causas de justificação (como consciência desse facto e correspondente vontade), contra o curso natural da prova do dolo pelo tribunal – o que a doutrina penal sempre repudiou⁴⁵³. Mesmo que se entendesse, para evitar embaraçosas ficções, que aquela vertente do dolo se manifestaria apenas pela falta de um elemento subjetivo de uma causa de justificação, faltaria demonstrar que o contexto objetivamente justificante, também tornado elemento negativo do tipo, ao verificar-se não acompanhado do elemento subjetivo, da consciência e vontade de atuar sob uma causa de justificação, não suprimiria já a base objetiva do dolo sem a qual o dolo se reduz a mero desvalor da intenção. Assim, a verificação de uma agressão ilícita, elemento objetivo da legítima defesa, tornaria a vontade de agredir do defendente uma mera intenção não apoiada em factos, isto é, um dolo de homicídio sem base factual. Nesta linha, a ausência de um elemento subjetivo apenas poderia documentar, na verdade, uma tentativa impossível, eventualmente punível.

c) O argumento finalista

A perspetiva de que a mera falta de um elemento subjetivo de uma causa de justificação faz persistir o dolo não pode, igualmente, apoiar-se na constituição do ilícito como desvalor da ação e do resultado. O apelo ao desvalor da ação não significa que o ilícito se fundamente em meras atitudes ou disposições da vontade.

⁴⁵³ Sobre o argumento do dolo monstruoso, veja-se, WELZEL, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pp. 26, 208 e ss., e DIAS, J. DE FIGUEIREDO, em *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, ob. cit., p. 435.

Significa, antes, que o objetivismo extremo é evitado. O desvalor da ação restringe o ilícito ao sentido ético-social da violação da lei por uma conduta externamente lesiva⁴⁵⁴. É essa a racionalidade ética da construção finalista.

O esvaziamento da construção finalista da sua originária racionalidade ética consistente no papel restritivo do desvalor da ação na fundamentação da ilicitude, conduziria a uma “ética” penal em que a regra básica seria só proibir ou permitir as condutas que, subjetivamente, revelassem um fim coincidente com os pressupostos pelo legislador ao proibir ou permitir. Traduzindo isto para uma linguagem ética, estipular-se-ia que só é reprovado quem se orientou, conscientemente, para o mal e só é retirada a reprovação a quem se orientou, conscientemente, para o bem. Ora, tal perspectiva não é imposta pela originária racionalidade da tese finalista.

d) O argumento da tentativa impossível a favor dos elementos subjetivos das causas de justificação

A fundamentação do ilícito no desvalor da ação só conexiona o ilícito objetivo com a direção da vontade que o concretiza. E, por conseguinte, também o argumento de que a punibilidade da tentativa impossível é uma prova incontestável da relevância dos elementos subjetivos nas causas de justificação assenta numa interpretação errada do papel dos elementos subjetivos, num ilícito penal integrado num direito penal do facto.

FRISCH⁴⁵⁵, por exemplo, apresenta tal argumento como a trave normativa da exigência de elementos subjetivos nas causas de justificação, baseando-se no princípio da igualdade. Este seria violado se se punisse a tentativa impossível por causa de desvalor da

⁴⁵⁴ Foi sempre esse o sentido político criminal do finalismo de WELZEL. Assim, em *Das deutsche Strafrecht*, ob. cit., pp. 2 a 5 e 31.

⁴⁵⁵ *Text. cit.*, pp. 128-129.

divergência entre os fins da ação e os admitidos pelo legislador, e tal punição fosse afastada na falta de um elemento subjetivo da causa de justificação, quando já se realizou, plenamente, a tipicidade (em que se chegou à consumação, afetando-se o substrato material do bem jurídico) e se verificou igual divergência entre a orientação da ação e a exigida pelo legislador.

No entanto, este atraente argumento não considera o facto de, na tentativa impossível, a orientação da ação contrária à ordem jurídica só ser relevante se o facto objetivo dirigido à lesão do bem for, numa perspectiva *ex ante*, adequado a tal fim. O “ilícito intencional” não subsiste, em si mesmo, apenas sobrevive apoiado num ilícito objetivo. E esse ilícito objetivo é uma condução final “impossível” do processo causal, mas possível numa perspectiva de anterioridade – é, enfim, a aparência objetiva e não a realidade subjacente.

Mesmo sendo discutível que o legislador tenha delimitado o ilícito objetivo desta forma na tentativa impossível, entendendo-se, antes, que a fronteira entre a realidade e a aparência foi manipulada pelo legislador, de modo que a agressão a um bem não pressupõe uma capacidade de concretização, definida *ex ante*, mas só o reconhecimento, socialmente plausível, da vontade da sua realização, e entendendo-se que a realidade existiria, assim, numa afirmação intersubjetiva (seria essa, apenas, a sua existência objetiva) o que não se poderá aceitar é que o desvalor da ação seja, pura e simplesmente, dissociado do desvalor do resultado.

Para além disto, a dedução de elementos subjetivos das causas de justificação, a partir do desvalor da ação, não é exigida pela punição da tentativa impossível devido a este aparente absurdo: na tentativa impossível não há resultado, mas, tal como na tentativa em geral, ainda se pode considerar que há um certo desvalor do resultado – a impressão ou a aparência objetiva de perigo; na falta de um elemento subjetivo de uma causa de justificação, apesar de haver resultado, não há desvalor do mesmo. Se, no primeiro caso, a intenção desvaliosa ainda se concretiza num facto desvalioso, no segundo, é duvidoso que isso suceda. Assim, tentar matar por um

meio inidóneo, mas reconhecido, *ex ante*, como adequado a tal fim, cria uma aparência do dano que afeta as expectativas sociais sobre os comportamentos alheios e estimula a defesa dos bens jurídicos em causa. Já a defesa, objetivamente necessária, da mulher que mata o assaltante que a iria matar, pensando, no entanto, ao abrir a porta, que se trata do marido, sem qualquer vontade de defesa, mas só para se vingar da infidelidade, provavelmente não faz transparecer qualquer alarme social.

As razões atinentes à segurança dos bens e direitos individuais que equiparam a tentativa impossível às outras formas de ilícito não se transmitem, como se vê, ao problema da falta de elementos subjetivos das causas de justificação. O fundo político-criminal dos dois problemas cinde-se inevitavelmente: na tentativa impossível, é, sobretudo, o alarme social objetivo a chave da configuração do ilícito; na falta de elementos subjetivos, é a posição desconforme do agente perante a ordem jurídica que não provoca, necessariamente, alarme social.

e) A teoria da ilicitude objetiva e os elementos subjetivos das causas de justificação

A conclusão pela irrelevância dos elementos subjetivos da causa de justificação não depende, igualmente, de uma construção objetivista da ilicitude, não é uma decorrência necessária de uma teoria da ilicitude objetiva. Também relativamente a este pensamento se põe o problema de saber se o que anula, na situação justificadora, o desvalor constituído por um estado externo-objetivo não deverá ser algo diverso de um estado externo-objetivo de sentido contrário. Tanto mais que, como se referiu, os requisitos objetivos de uma causa de justificação não anulam o desvalor indiciado ou fundamentado⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ Dicotomia utilizada para referir três diferentes construções sobre as relações entre tipicidade e ilicitude. Para além do tipo indiciador ou do tipo como *ratio essendi* da ilicitude, também se refere a perspetiva mais complexa do tipo como

nos elementos objetivos do tipo. Dão-lhe só uma configuração diferente, mudando o sentido axiológico predominante (e não o naturalístico) do facto.

A mudança de valor fomentada pela causa de justificação, na medida em que não seja vista apenas como um evento, pode apoiar-se em aspetos valorativos, decorrentes de uma orientação subjetiva do comportamento. Assim acontecerá, por exemplo, se se entender que a contrariedade puramente objetiva à ordem jurídica, no homicídio, é algo tão grave, que só é negável através da realização de um valor manifestado na ação: a direta vontade de defesa da ordem jurídica, que adquire um significado objetivo de reforço da validade do Direito.

f) Conclusão sobre a relação entre as concepções de ilicitude e os elementos subjetivos das causas de justificação

A relação entre a construção subjetivista ou objetivista da ilicitude não é decisiva para solucionar o problema da relevância dos elementos subjetivos das causas de justificação pois cada causa de justificação oferece uma valoração do facto típico, exprime um significado de valor compensador ou neutralizador do facto típico, indiciador da ilicitude, a partir de um fundamento específico. Esse fundamento de cada causa de justificação é que pode impor a interpretação de que da situação justificante fazem parte elementos de consciência e vontade, em maior ou menor grau.

individualização ou concretização de um sentido de ilicitude (sentido, claramente, desenhado, entre nós, por FIGUEIREDO DIAS, em *O Problema da Consciência da Ilcitude...*, *ob. cit.*, p. 39).

2. Contexto ético da relevância dos elementos subjetivos das causas de justificação

a) A direção da vontade para o bem ou para o mal

Também a colocação da relevância dos elementos subjetivos das causas de justificação num plano meramente ético não é satisfatória para o Direito Penal, não sendo, como se verá, este contexto, por si, que justifica a opção pela irrelevância dos elementos subjetivos das causas de justificação. A discussão ética é, no entanto, elucidativa da natureza da questão.

De um ponto de vista ético, é primordial saber se um ato já é bom quando produz um efeito bom, embora esse efeito não tenha sido objeto da vontade. A questão ética relaciona-se com a falta de elementos subjetivos, por exemplo, na legítima defesa, na medida em que se equipare a defesa ao ato “bom”.

Vistas as coisas através desta redução formal, logo se imporá perguntar se, para que um ato seja “mau”, é também exigível uma má intenção. Ora, quanto a esta questão, predomina, no pensamento ético, a simples exigência da previsão das más consequências. A solução simetricamente oposta será a da exigência da previsão de boas consequências para que um ato seja considerado bom.

No entanto, na linguagem ética, reduz-se, por vezes, a definição do bem à existência exclusiva de uma boa intenção, quebrando-se a simetria. Como nota von WRIGHT, reduz-se o ato bom ao realizado intencionalmente, alargando-se, simultaneamente, o âmbito do mau. Esta tendência, que conjuga uma ética da responsabilidade (para a censura do mal) com uma ética da atitude (para o merecimento do bem), conduz ao seguinte resultado: é mau tudo o que é previsto como consequência da ação e, embora não procurado, seja aceite, mesmo que haja intenção de praticar um ato bom. E só é bom aquilo que se pratica, exclusivamente, para realizar o bem, e desde que não produza consequências más. Há, assim, atos maus que

visam produzir o bem e produzem o mal, mas nunca atos bons que visam produzir o mal, produzindo o bem⁴⁵⁷.

Mas esta delimitação do que é um ato bom, a partir da intenção não é uma mera necessidade lógica para qualquer ética assente na liberdade da escolha e no poder causal da atividade humana, e correspondente responsabilidade. Ela corresponde, sobretudo, a uma referência do *bom* e do *mau* a um tipo de bens *sui generis*, em que o valor se propõe como algo intrínseco, que exige ser realizado por si. Assim, a limitação da qualificação de bom à procura do agente de um bem por si mesmo adapta-se aos bens essencialmente espirituais e a uma leitura ético-religiosa dos atos que suscitam uma recompensa moral, mas não se impõe em geral.

Mas, fora desse terreno, se considerarmos que o bem é também configurável como satisfação de interesses ou necessidades não essencialmente espirituais como *benefício*, concluiremos que aquela definição do ato bom e do ato mau pode ser inadequada. Na perspetiva da arte médica, por exemplo, terá sentido considerar que o ato adequado à cura, embora realizado com outra intenção principal (a pura experimentação com outro fim) é ainda bom, no sentido de benéfico. No “bem médico”, não predomina um valor intrínseco, como no moral, mas sim aquilo que, por inspiração em VON WRIGHT, designaríamos como um valor instrumental⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Veja-se WRIGHT, G. H. VON, *Explanation and Understanding*, 1971, p. 130, referindo-se a uma assimetria entre o bem moral e o mal, de forma que o primeiro pressupõe que um bem seja procurado, por si mesmo, enquanto o segundo somente exige que algum mal seja previsto como consequência do ato.

⁴⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 19 e ss., 41 e ss.. A esse tipo de relativização chega WAIDER, H., *ob. cit.*, p. 223 e ss..

Cf., porém, o artigo 86º do Regulamento nº 707/2017, D.R., 2ª série, nº 139, de 21 de julho de 2016, em que a autorização da experimentação depende do efeito útil sobre o doente. A experimentação em indivíduo saudável é, no entanto, admitida (artigo 85º).

b) *O fulcro jurídico da discussão ética: as finalidades do Direito*

Serão estes casos de meros resultados benéficos que a ordem jurídica visa regular, através dos seus imperativos ou interessará ao Direito que se realizem atos com valor intrínseco? E, quando se concebe a defesa da Ordem Jurídica como bem (por exemplo, na legítima defesa), interessa reconhecer um benefício (entendido como efeito da defesa da ordem ou proteção de bens não sacrificáveis ou da autonomia) ou só interessa a fidelidade interior dos sujeitos ao sistema jurídico?

Podemos remover este dilema, considerando que o valor intrínseco do ato é condição imprescindível do benefício e que a fidelidade interior ao sistema só significa não querer realizar o comportamento proibido, ainda que por motivações profundamente imorais e egoístas. Mas estas considerações afastam a realização do bem jurídico da do bem moral. O valor intrínseco, assim entendido, não exige mais do que instrumentalidade da vontade da ação em relação a um benefício. Não requer uma fidelidade moral ao Direito, mas apenas uma fidelidade mínima, orientadora da ação.

A perspectiva ética, como método, não resolve o problema dos elementos subjetivos das causas de justificação, mas contribui para a compreensão do bem que se deve realizar. O modo de ser, bom ou mau, do ato não é questão formal, que se resolva sempre da mesma maneira, para qualquer tipo de bens. Depende da sua estrutura.

Interessa, sobretudo, saber se o bem que intelegimos nas causas de justificação (defesa da ordem, da essencial e igual dignidade da pessoa humana, da autonomia, da solidariedade) só se realiza pela ação intencional ou, simplesmente, através do efeito benéfico. Se, por exemplo, a defesa da ordem, na legítima defesa, for, ainda, eticamente concebível como um mero benefício produzido pela defesa, num certo compromisso com um objetivismo ontológico, a presença de elementos subjetivos será de rejeitar.

Nunca, no entanto, haverá uma *legalidade ética formal*, independente da fundamentação ético-jurídica de qualquer causa de justificação, que nos vincule a exigir uma intenção intrinsecamente boa para a realização de algo que apenas é um bem na perspectiva das escolhas e dos fins legítimos da Ordem Jurídica⁴⁹. A questão ética essencial é a do próprio fundamento de qualquer causa de justificação, sendo anterior à discussão abstrata sobre o valor do ato que a possa realizar.

3. *A reformulação jurídica do contexto ético*

A perspectiva ética tal como a sistemática sobre o valor intrínseco de um ato deve ser formulada, por conseguinte, no contexto jurídico da fundamentação ou do bem fundamentante das várias causas de justificação.

O reconhecimento de que, apesar de tudo, a prática do facto típico indicia o desvalor da ação e de que a não motivação pela causa de justificação (devido à ausência do elemento subjetivo) não descarateriza o desvalor da ação indiciado implica que o bom resultado, no sentido ético, comporta a transformação do sentido de um ato formalmente mau (na perspectiva abstrata da lesão do bem e da direção da ação). O bom resultado ético deverá ser, em suma, não só bom em si mesmo, mas suficientemente bom para mudar o sentido mau de uma conduta.

Ultrapassada a fronteira da tipicidade, à exclusão da ilicitude cabe a decisiva definição do sentido valorativo global do facto. E se um efeito exterior objetivo pode bastar para redefinir o valor do facto típico, também é crível que a vontade relativa à

⁴⁹ Essa falta de necessidade ética abstrata de uma ou outra solução parece ser bem revelada pela fundamentação ético-jurídica da perspectiva objetivista radical, por SPENDEL, G., em "Notwehr und Verteidigungswille, objektiver Zweck und subjektive Absicht", em *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, 1985, p. 197 e ss., a partir do postulado "ético" de que o Direito se dirige à conduta exterior e não à atitude interior do agente.

situação justificante o possa. No terreno ético-jurídico (tal como no sistemático-jurídico), a exigência de elementos subjetivos nas causas de justificação não deriva, no entanto, automaticamente, do desvalor inicial (típico) de um ato.

O plano ético-jurídico suporta, consequentemente, duas afirmações, aparentemente antinómicas, que deveremos reter: a manifestação do valor não é impedida só por uma vontade má; a manifestação de valor que permite alterar o sentido desvalioso do facto típico não é, forçosa e exclusivamente, um efeito externo-objetivo. Esta associação de tendências conflituantes traduz-se, no exemplo da legítima defesa, na consideração de que a exigência de uma vontade defensiva só deve decorrer do entendimento claro de que esta é essencial para a mencionada redefinição valorativa do facto típico, não bastando, para tal, o efeito protetor de bens jurídicos objetivamente realizado.

4. Contexto ontológico

a) A relevância dos elementos subjetivos na identificação da ação justificada

Numa perspetiva fundamentalmente ontológica, o problema da relevância dos elementos subjetivos, no caso particularmente significativo da legítima defesa, é referido à discussão sobre o que é a ação defensiva e qual o papel da vontade na sua identificação, mas noutras causas de justificação refere-se igualmente à identificação do comportamento, como prevenção de um perigo, no direito de necessidade ou cumprimento de um dever no conflito de deveres.

No caso da legítima defesa, também por esta via se fica aquém da pergunta decisiva sobre a relevância da vontade de defesa para a realização do bem que fundamenta a legítima defesa. Não se deverá perguntar só se há ações defensivas sem vontade de defesa (e o que constitui a ação defensiva ontologicamente) mas ainda se a presença ou ausência da vontade de defesa tem papel decisivo na constituição do valor da defesa.

Um “fundamentalismo ontológico” leva, por vezes, a discutir o que é a vontade de defesa essencial para a identificação de uma ação defensiva, parando aí e não prosseguindo a reflexão⁴⁶⁰. O principal problema que coloca é saber se uma motivação defensiva exclusiva é essencial à identificação da ação defensiva, se uma direção da vontade semelhante ao dolo é suficiente ou até se basta a consciência da situação defensiva e do respetivo efeito.

No terreno destas alternativas, confinadas à identificação da ação de defesa, parece aceitável um desprendimento da motivação exclusiva ou dominante da conduta. A pluralidade e o conflito de motivações são características normais dos atos humanos, não podendo estes serem identificados como ações de uma certa espécie por uma motivação exclusiva. Abrir a janela para ver a paisagem continua a ter de ser designado como abrir a janela e será ainda arrefecer a sala, se isso for uma consequência prevista e aceite. A vontade que caracteriza os atos humanos não se guia pela linguagem dos motivos, mas sim pelo domínio pelo sujeito de processos causais⁴⁶¹. A convicção generalizada, na doutrina e jurisprudência, de que o *animus defendendi* não deixa de existir por coexistir com a intenção ofensiva⁴⁶² repercute este ponto de vista.

⁴⁶⁰ É, na verdade, esse o caso do interessante artigo de Loos, F., “Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente”, *cit.*, p. 227 e ss.. Semelhante crítica provém, igualmente, de FRISCH, *text. cit.*, pp. 118-119.

⁴⁶¹ Recolhendo exemplos e inspiração em VON WRIGHT, em *Explanation and Understanding*, *cit.*, pp. 69-82.

⁴⁶² Ver, por exemplo, BITZILEKIS, N., *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts: unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, 1984, pp. 167-170, revelando ser essa exactamente a posição dominante da doutrina e jurisprudência alemãs. Também entre nós, parece ser essa a jurisprudência dominante. Ver, por exemplo, Ac. Rel. Évora de 23/1/79, *B.M.J.*, n.º 286, p. 309, e Ac. Rel. Porto, de 27/6/79, *Col. Jur.*, 1979, p. 1018, e, mais recentemente, cf. Ac. do STJ de 2/1/2000, Proc. n.º 361/99 (relator: Cons. Pires Salpico); Ac. do STJ de 20/10/2004, 3.ª secção, Proc. n.º 2785 (relator: Cons. Armindo Monteiro); Ac. do STJ de 5/1/2005, 3.ª secção, Proc. n.º 3492/04 (relator: Cons. António Grancho).

No entanto, é mais complexo determinar se à definição da defesa basta a mera consciência da situação agressora e do efeito defensivo ou se é necessário um *animus* ou uma posição volitiva e, ainda, se a motivação ofensiva pode anular a relevância da vontade defensiva. No outro extremo, deveremos considerar um ponto de vista puramente objetivo, que dispensa a própria consciência defensiva e se satisfaz com a direção objetiva da defesa.

b) *Intenção, consciência e “motivo-porque” como conteúdo dos elementos subjetivos*

ALWART⁴⁶³ pronunciou-se sobre estas questões, dando um contributo pacificador à velha discussão que opõe os adeptos de uma teoria volitiva e os objetivistas, através do esclarecimento do conceito de motivo, neste contexto. Para ele, para além dos motivos psíquicos internos, que relacionam um facto com um estado ideal (futuro), como o motivo de enriquecimento, existem os *motivos-porque* (*Weil-Motiv*), que implicam, retrospectivamente, um facto presente – tal como a defesa – num facto passado. Não está em causa, nestes últimos, nem uma motivação psicológica nem sequer uma intenção determinada. O *motivo-porque* em que consistiria, por exemplo, o elemento subjetivo da legítima defesa exprime apenas uma relação entre factos, configurada pelo agente e determinante da defesa. A relação factual traduz-se em o agente realizar a defesa por causa da agressão, conclusão para que basta a consciência da agressão e se dispensa um conteúdo mais específico da consciência, uma atitude, um estado emocional, em suma um elemento volitivo positivo.

⁴⁶³ ALWART, H., “Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht”, *GA*, 1983, pp. 449, 453.

Loos⁴⁶⁴, por seu turno, embora se enquadre nesta linha de pensamento, pretende que o efeito defensivo, objetivamente requerido, se relacione com a vontade do agente. Mas também ele dispensa qualquer conteúdo motivacional psicológico de ânimo. A intenção de defesa, a que se refere, apenas importa, tal como o dolo-do-facto, uma vontade limitativa de defesa (*limitierende Verteidigungsabsicht*), sobrevivendo a quaisquer motivações psicológicas. Basta que o agente pretenda produzir o estado de coisas subjacente à permissão legal, para que o seu facto seja justificado. A “intenção de defesa” satisfaz-se com a presença do “motivo determinante” de só lesar os bens do agressor na medida do efeito de defesa. Estaria em causa, afinal, um dolo (mínimo) de justificação que se traduziria numa espécie de qualidade descritiva da ação objetiva de defesa, e nada mais⁴⁶⁵.

Prevalecendo-nos de um caso de escola sugerido por Loos, concluiremos que, se *A* vir *B*, seu inimigo, atacar *C*, igualmente seu inimigo, e aproveitar a situação para matar o primeiro, tendo consciência da agressão e do efeito defensivo que sempre alcançará, haverá já o referido dolo de justificação ou uma expressão mínima da “intenção de defesa”.

Uma tal relevância limitada da intenção defensiva não ultrapassa, no entanto, como nota FRISCH, a consciência da situação defensiva⁴⁶⁶. Na verdade, sempre que esta consciência exista, apesar de uma motivação contrária ao direito, o facto realizado de acordo com os requisitos da legítima defesa não concretiza no plano da lesão da Ordem Jurídica aquela motivação. O agente só age segundo um padrão lesivo, na medida em que “converta” a sua motivação num facto contrário ao Direito, e não, simplesmente, por a possuir.

⁴⁶⁴ *Text. cit.*, p. 229 e ss..

⁴⁶⁵ Cf., Loos, F., *text. cit.*, pp. 233-234.

⁴⁶⁶ *Text. cit.*, p. 134 e ss., argumentando de acordo com a sua concepção intelectualista de dolo (cf. p. 135), para a qual já existe uma vontade criminosa, a partir do conhecimento, como possível, das consequências do facto que pratica.

O plano ontológico, sobre a identidade da ação que realiza uma causa de justificação como a legítima defesa, o direito de necessidade ou outra não pode prescindir igualmente do significado ou referente jurídico da figura em causa.

B – O conceito ontológico mínimo de ação justificada como base da causa de justificação: o caso expressivo da legítima defesa

1. Surge de modo exemplar para o entendimento do significado de elementos subjetivos das causas de justificação o debate sobre se o comportamento só objetivamente defensivo é ainda defesa. É claro que um comportamento com exclusiva consciência agressiva, que, por acaso e como consequência não prevista, produz um efeito defensivo dificilmente pode realizar qualquer valor jurídico⁴⁶⁷ e, por isso, independentemente do que seja ontologicamente não poderá ser juridicamente uma ação defensiva.

Não há, com efeito, um conceito ontológico mínimo de defesa, à imagem do da ação final, construído na perspetiva da responsabilização do agente, mas apenas um conceito de defesa, moldado pelo fim de distribuir a proteção jurídica, que o binómio agressão-defesa implica. No entanto, mesmo que se entenda que a defesa não pode prescindir da “legalidade ôntica das condutas humanas” não englobando condutas não orientadas, finalmente, para um resultado defensivo, é ainda questionável (à imagem do que sucede na agressão) se a finalidade puramente extrínseca e objetiva basta – tornando-se supérflua a exigência de consciência da situação defensiva.

Num aspeto, porém, o conceito de defesa parece estar contido em certos limites. É inviável uma distinção sistemática de valor entre condutas, para efeito de enquadramento na legítima defesa,

⁴⁶⁷ Sobretudo tendo em conta a perspetiva, várias vezes citada, e globalmente criticada, no § 6º, da defesa da ordem jurídica.

exclusivamente baseada numa certa atitude interior perante o Direito. Com efeito, só uma incursão do juízo de culpa no domínio da ilicitude poderia retirar a uma conduta a qualificação defensiva, apenas quando o agente manifesta uma atitude ou motivação íntima inimiga da ordem jurídica.

Só podemos negar a legítima defesa se a atitude ofensiva se expressar na ação e na medida em que isso baste para concluir pela não realização do valor inerente à defesa. Quer tudo isto dizer, afinal, que, indiscutivelmente, o que nos pode inibir de justificar a produção de um efeito defensivo é a existência de uma ação intencional agressiva de sentido contrário à legítima defesa.

2. Continuando com o exemplo da legítima defesa, a explicitação deste dado indiscutível e mínimo apela, sem dúvida, para os contornos ontológicos de certas situações, permitindo alguma ordenação da matéria relativa ao conceito de defesa.

Há, fundamentalmente, três tipos de situações em que inexistem, claramente, ação intencional agressiva, por força do efeito defensivo: as situações em que o efeito defensivo é o objeto da intenção; aquelas em que a mera consciência da situação de defesa, aliada à produção direta do efeito defensivo, não permite revelar um nexo entre a motivação agressiva e a ação; e, finalmente, as situações em que a dúvida sobre a consciência da situação defensiva anula idêntica dúvida sobre a concretização, na ação, da motivação agressiva.

Os primeiros casos esclarecem-se através do exemplo da mulher que, ao ser violentamente agredida pelo marido, o mata para se defender. Os segundos casos podem ser representados pela mesma hipótese, ou pelo caso apreciado por Loos, admitindo-se que a mulher tem, apenas, a consciência de que se defende, mas mata o marido para satisfazer o ódio: o agente tem uma motivação desconforme com a Ordem Jurídica, mas não a concretiza numa ação inequivocamente agressiva, na linguagem social. Os últimos casos são aqueles em que não há a certeza de que o agente reconhece

a situação agressiva ou o efeito defensivo da sua ação, restando uma dúvida plausível. Assim, a mulher mata o marido, que já desencadeou a agressão, mas ainda não a atingiu, havendo dúvidas sobre se adquiriu consciência da agressão. A todas estas situações pode ser atribuído o valor de defesa, se o fundamento da legítima defesa a isso conduzir.

Destas situações se distinguem, porém, todas aquelas em que há uma nítida concretização na ação de uma orientação agressiva.

Integram esse grupo todos os casos de provada ausência de consciência da situação defensiva (quer da agressão quer do efeito defensivo), como sucede se a mulher, no nosso exemplo, mata o assaltante pensando, de modo comprovado, ser o marido que volta para casa tarde. Também integram este núcleo os casos de provocação pré-ordenada em que o efeito defensivo é, na realidade, uma consequência da ação agressiva do “defendente”. Assim, se *A* desencadeia a agressão de que será vítima, para se defender, o efeito de defesa é mera consequência da sua provocação. Sendo, em certo sentido, “motivo-porque” da conduta, a defesa não revela qualquer coincidência com a articulação de direitos entre o agressor e o defendente projetada pelo legislador para as situações de legítima defesa. O agente não atua com uma motivação minimamente coincidente com a do legislador, apenas cria essa aparência, para a realização de fins agressivos.

Já é diferente o comportamento que, apesar da provocação prévia, se não traduz na concretização (objetiva) do motivo agressivo, autônomo da defesa. Admitamos, por exemplo, que *A* exhibe uma arma para suscitar a ira de *B*, com a simultânea motivação de defesa, mas sem empreender a conduta com o fim de suscitar a agressão. Não se trata da hipótese de *A*, depois de ter sido ameaçado de morte por *B*, ir ao seu encontro com uma arma, exibindo-a para suscitar uma agressão e o matar: aí estaríamos próximos da imagem da provocação pré-ordenada. Trata-se, antes, da hipótese de *A*, ameaçado por *B*, se munir de uma arma, prevendo que o encontrará, e desejando-o, mas sem empreender qualquer ação concretizadora da sua intenção; se apenas encontrar a vítima por

acaso, ou por ser natural isso suceder, já estaremos longe dos traços carregados da provocação pré-ordenada e em plena área da legítima defesa.

C – Problemática geral da relação do fundamento de uma causa de justificação com a exigência de elementos subjetivos: o caso expressivo do fundamento da legítima defesa

A precedência ontológica de uma direção final da ação relativamente à relevância da falta de elementos subjetivos das causas de justificação tem, como se observou, uma limitação axiológico-sistemática: é inaceitável uma distinção do valor jurídico de condutas ou de qualquer outra figura justificativa assente na atitude íntima do agente. Mas, para além deste prejuízo, é o valor a ser realizado através da figura justificativa aquilo que decide sobre a exigência de elementos subjetivos⁴⁶⁸.

A articulação com o fundamento de uma concreta figura de causa de justificação não permite, no entanto, por mera implicação dedutiva, identificar os elementos subjetivos.

Esse método de abordagem tem-se revelado suficientemente frustrante, quando se pretende argumentar que a exigência de elementos subjetivos, no exemplo da legítima defesa, é uma decorrência da defesa da ordem jurídica como seu fundamento⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Assim, saber se é exigível algo mais do que a mera consciência da situação defensiva há de depender de se comprovar se um comportamento desse tipo é exigível para realizar a defesa dos bens respeitantes ao núcleo protector da dignidade da pessoa humana, de acordo com a igualdade na proteção jurídica.

⁴⁶⁹ Sobre isto, também, criticamente, FRISCH, W., *text. cit.*, p. 120, dirigindo a sua crítica contra os esforços de GALLAS, W., “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, em *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag* em 7. Dezember 1978, 1979, p. 174 e ss., nessa direção, argumentando que, para uma legítima defesa não eticizada, o conhecimento e a intenção do efeito não relativiza o aspeto compensador inerente à lesão de bens da conduta objetivamente defensiva.

Na verdade, com tal tipo de raciocínio, manipula-se o conceito inicial, moldando-o ao objetivo de declarar a necessidade de elementos subjetivos. A defesa da ordem, a que a exigência de elementos subjetivos conduz, é a promoção da consciência dos fins do Direito nos sujeitos jurídicos. Só esse efeito pode ser produzido pela presença de elementos subjetivos. A defesa da ordem, enquanto expressão de um controlo dos atos ilícitos e das possibilidades de os evitar oferecidas pelo sistema, pode não passar por uma direção da vontade, bastando-se com a orientação objetiva da conduta e a sua adequação a repelir a agressão ilícita.

Também a instrumentalização da defesa da ordem jurídica aos fins preventivos não consegue demonstrar que o efeito de prevenção seja algo mais do que a criação da expectativa de que as agressões ilícitas podem ser evitadas. A exigência de elementos subjetivos (sobretudo de uma motivação específica) não contribui, aliás, decisivamente para aquele efeito. A exigência de elementos subjetivos tem de criar, no agente em situação defensiva, a expectativa de que só pode atuar adequadamente à defesa. Mas isso só conduz à promoção de uma consciência defensiva mínima, não tem de vincular o efeito de defesa da ordem jurídica à presença de uma consciência exclusiva.

A ideia de que o agente em legítima defesa atua como representante da ordem jurídica, no desempenho da função nobre de proteger o Direito, que tem constituído dominantemente o fundamento da legítima defesa, só pode ter o efeito necessário de limitar a defesa através de requisitos objetivos. A criação de uma consciência defensiva é um efeito, em si mesmo dispensável, ou só mediamente (como orientação das personalidades) relevante, dessa função. E a articulação entre o fundamento e a exigência de elementos subjetivos só pode basear-se em efeitos reais, factuais ou axiológicos, da conduta defensiva.

Na perspectiva, anteriormente defendida, da igualdade na proteção jurídica, como fundamento das causas de justificação e da própria legítima defesa⁴⁷⁰, verifica-se, de igual modo, que a existência de consciência defensiva não é essencial, para um observador a quem caiba decidir qual dos agentes deve ser protegido.

Na legítima defesa alheia, prevalece a situação objetiva para justificar o auxílio. Se é isto que acontece na legítima defesa alheia, continua a ser crucial estabelecer se a conduta inconscientemente defensiva, ou em que a consciência defensiva não é o motivo da ação, possui o valor de legítima defesa para quem a pratica. A igualdade na proteção jurídica não permite resolver facilmente o problema. É claro que o agressor não merece proteção jurídica, através da permissão de uma conduta “defensiva” que o ajude a concretizar a agressão inicial que projetou. Mas isso não implica a justificação da conduta “cega” do agente que, sendo agressor, venha subsequentemente a defender-se; determina apenas a justificação da intervenção defensiva de terceiros (que, como o nosso observador, estão a par da agressão).

A articulação dos direitos do agressor e do agredido, que a situação de legítima defesa suscita, obriga a decidir, em primeiro lugar, qual é a situação objetiva pressuposta pelo direito de defesa e, em segundo lugar, de que modo o direito é exercido.

Poderá, na verdade, ser exercido um direito de cujo pressuposto se não tem consciência?

No que respeita a direitos que não dependem da prática de nenhum facto, mas convivem com a simples existência do indivíduo, parece ser claro que o exercício respetivo não exige um especial estado de consciência ou uma certa direção da vontade. Assim, quem dorme não deixa de exercer o direito à vida. O exercício de um direito pode pressupor, no entanto, para além de um estado

⁴⁷⁰ Cf. sobre essa fundamentação da legítima defesa, a minha dissertação, *Justificação por legítima defesa*, ob. cit., 1º vol., pp. 441-488.

ou de uma ação, uma afirmação do sujeito sobre o significado do seu comportamento. A legítima defesa é algo mais do que a satisfação objetiva do direito à vida ou à integridade física. É, ainda, a “advertência” de que se reage contra uma agressão insuportável. Ora, é inaceitável que se atribua a uma conduta um significado que ela não pode assumir na consciência do agente. A própria semântica seria traída, criando-se uma linguagem jurídica divergente da social. O sentido social do exercício de direitos seria distorcido.

Por outro lado, o efeito defensivo ultrapassa, axiologicamente, o efeito factual do exercício de um direito qualquer (mesmo de um núcleo essencial). É ainda a realização do valor da defesa que justifica a sua extensão.

O efeito axiológico da “defesa ilimitada” de certos bens essenciais é uma manifestação da dignidade da pessoa humana, da mesma maneira que a defesa de bens de outra categoria, mediante o sacrifício de bens mais valiosos, é uma manifestação da autonomia. Ora, ninguém pode, inconscientemente, defender a sua autonomia, nem, tão-pouco, a dignidade. E mesmo quem, com vaga consciência concomitante do efeito defensivo, mas de modo nenhum determinado por esse efeito, lese os bens do agressor, não realiza, plenamente, a dignidade considerada inviolável ou a autonomia. Apenas assegura a base material de uma ou outra.

Esta ideia, que dá à defesa uma conotação de vontade, é uma consequência necessária de a justificação reconfigurar (não propriamente anular), como atrás se disse, o desvalor de uma ação típica, em si mesma lesiva de bens. A conduta defensiva não propõe uma constituição de valor a partir do nada, mas a transfiguração de uma ação desvaliosa (porque lesiva de bens jurídicos), na medida da realização de outro valor, considerado superior. E essa superioridade só pode residir no facto de a lesão de bens do agressor ser ela mesma a proteção de bens de um núcleo essencial (ou, pelo menos, relativamente tão importantes como os violados), enquanto exercício de uma posição pessoal contra a ameaça da sua negação.

Em suma: no caso da legítima defesa, é a consciência do exercício da defesa, a partir do conhecimento da situação defensiva e do efeito defensivo, associada a uma decisão de agir em cuja determinação se inclui esse conhecimento (sendo pressuposto sempre que não haja uma orientação final contrária ou a certeza de que a consciência da situação defensiva não se expressou na ação) que caracteriza a conduta subjetiva requerida pelo fundamento da legítima defesa. O fundamento de uma causa de justificação como a legítima defesa não exige uma motivação emocional de adesão ao fundamento da figura. O exercício de um direito à dignidade ou à autonomia deve ser encarado, de acordo com a natureza dos valores jurídicos em geral, como comportamento final (objetivamente), adequado à preservação daqueles bens e dotado de um mínimo de condução voluntária.

D – A delimitação do conteúdo e intensidade do elemento subjetivo em função da causa de justificação e dos seus fundamentos. Consequências da não verificação dos elementos subjetivos nas causas de justificação a partir do caso da legítima defesa

1. Fundamento da causa de justificação e elemento subjetivo: o elemento subjetivo no caso da legítima defesa

Podemos neste ponto já adivinhar, a partir do paradigma da legítima defesa, que o conteúdo e relevância dos elementos subjetivos das causas de justificação adquire expressão distinta nas diferentes causas de justificação. O caso da legítima defesa é o mais significativo, pelo desenvolvimento teórico acerca do elemento subjetivo, designado geralmente “animus defendendi”. No entanto, nas outras causas de justificação ter-se-á de analisar de acordo com o respetivo fundamento a relevância do elemento subjetivo. Assim, se no direito de necessidade bastará a consciência do perigo para o bem, já na detenção em flagrante delito (artigo 256º do Código de Processo Penal) é pressuposto do sentido do ato a finalidade de entregar o agente detido à justiça, por exemplo.

Se, no que se refere a uma causa de justificação baseada na ponderação de interesses, de acordo com o seu valor para a ordem jurídica, tem sentido que o elemento subjetivo seja diluído e secundário para determinar o sentido e valor do comportamento, já em causas de justificação em que o mero sentido da conduta visível é insuficiente para uma descrição adequada do objeto da valoração, o elemento subjetivo é especialmente significativo. Se alguém detém em flagrante delito um agente para o privar da liberdade, embora acabe por não permitir que a polícia o encontre, então a privação da liberdade não corresponde a uma orientação para a realização da justiça, que há de corresponder a um crime de sequestro.

2. Consequências da ausência de elemento subjetivo nas causas de justificação

É problemático decidir se a falta de consciência defensiva leva à pura negação do efeito excludente da ilicitude ou só a uma negação relativa; se o agente deve ser normalmente punido, pelo crime consumado, ou, apenas, pelo crime tentado, problema de que já se falou a propósito do consentimento do ofendido pelo artigo 38º, nº 4.

A referência à punição por tentativa pode ter duas bases diferentes: uma identificação com a tentativa impossível, partindo do pressuposto de que o facto típico-ilícito constitui a aparência de uma conduta causalmente lesiva, perturbadora da paz social; ou uma analogia com a tentativa, em geral.

Contra o primeiro ponto de vista, impõe-se a constatação de que a lesão de bens numa situação objetivamente justificante é um facto típico consumado e não um facto causalmente inidóneo. A semelhança com a tentativa, a existir, não deve apelar à tentativa impossível. O facto tipicamente consumado, mas ao qual não é atribuível, no plano material, desvalor do resultado é antes comparável àquele em que a inexistência de resultado determina

a ausência desse desvalor⁴⁷¹. Em ambos existe um resultado de perigo, insuficiente para ditar o desvalor do resultado característico da consumação. Demais, a aplicabilidade do regime da tentativa impossível, tal como é previsto no nº 3 do artigo 23º do Código Penal, implicaria uma restrição à punibilidade do agente da defesa puramente objetiva, desprovida de sentido (embora se explique no plano da tentativa impossível propriamente dita), já que, segundo esse regime, a punibilidade dependeria do carácter não manifesto da agressão.

Afastado o caminho da identificação com a tentativa impossível, a argumentação conduz-nos a um nexó analógico entre a defesa estritamente objetiva e a tentativa ou em alternativa à sua autêntica inserção no conceito legal de tentativa⁴⁷².

O nexó analógico diz respeito à estrutura típica formal da ação e do resultado comparáveis na falta de elementos subjetivos e na tentativa. O enquadramento puro e simples na tentativa parte da diferenciação entre resultado e desvalor do resultado, sendo este o elemento determinante da tentativa como uma espécie de facto axiológico concreto (a determinar em face de todas as valorações que a ordem jurídica consagra). A primeira via referida, a da analogia, está obrigada a demonstrar as razões de analogia, *in bonam partem*⁴⁷³, recorrendo, por exemplo, ao significado, para a prevenção geral e especial, do comportamento do agente, na tentativa e na falta de consciência da situação justificante. A segunda via, a do enquadramento puro e simples na tentativa,

⁴⁷¹ Cf. FRISCH, W., *text. cit.*, p. 138, seguindo a linha de HERZBERG, R., "Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage", em *JA*, 1986, p. 192 e ss. e RUDOLPH, H., "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtlehre", em *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, p. 58 e ss..

⁴⁷² Sobre o conceito de tentativa e tentativa impossível, cf. PALMA, F., *Da 'tentativa possível' em Direito Penal*, *ob. cit.*

⁴⁷³ Seguindo a perspectiva da analogia *in bonam partem*, DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 453, e já CORREIA, E., *Direito Criminal*, *ob. cit.*, II, p. 28. Também, entre outros, STRATENWERTH, G., *ob. cit.*, § 9º, § 147º, p. 182.

deve demonstrar que a ausência da verificação do resultado não é a única determinante da exclusão do desvalor do resultado, que a realização objetiva de defesa, apesar da verificação do resultado, produz um efeito positivo para a ordem jurídica e que o conceito de tentativa integra a ausência de resultado enquanto falta de imputação do mesmo e consequentemente ausência do seu desvalor.

Como resolver o problema *sub judice*? Na opção por qualquer uma destas soluções, que apelam à punição por tentativa, ou sustentando a punibilidade pelo crime consumado?

Esta opção não suscita, no entanto, uma mera decisão lógica. Ela é influenciável por dados ético-normativos mutáveis e, sobretudo, relacionados com a função do Direito Penal na sociedade.

A essência material do problema coloca-se ao nível da autonomia do juízo ético-social, veiculado pela norma proibitiva, relativamente ao “privilégio” concedido pela causa de justificação⁴⁷⁴. Na incriminação do aborto, por exemplo, é, culturalmente, defensável que a autonomia daquele juízo não se impõe, hoje, por si, e que depende de certas condições, ou da ultrapassagem de certo prazo. Sempre que a conduta material incriminada não atinja, por si mesma, um desvalor ético consensualmente indiscutível, o facto justificado parece ser elemento da própria definição da conduta incriminada e não mera exceção. No homicídio, diferentemente, o facto típico é sustentáculo autónomo, na generalidade dos casos, do desvalor ético-jurídico. O facto justificado só poderá, por isso, compreender-se como exceção.

Em articulação com a natureza das condutas incriminadas, haverá, igualmente, causas de justificação mais próximas da definição das condições da incriminação, como é o caso notório do consentimento do ofendido mesmo para além das situações de acordo, e outras que melhor se configuram como exceções. A

⁴⁷⁴ Muito claramente nesta direção, TRIFFTERER, O., “Zur subjektiven Seite der Tatbestandausschliessungs – und Rechtfertigungsgründe”, *text. cit.*, p. 209 e ss. (cf. p. 214 e ss.).

legítima defesa, na medida em que ultrapassa os critérios objetivos normais de ponderação de valores, introduzindo mais amplas possibilidades de intervenção sobre bens alheios, seria uma valoração do “excecionalmente permitido” e não das condições normais do exercício de liberdade como o exercício de um direito.

Este tipo de relação entre o facto típico e o justificado determinaria que o desvalor do resultado, inicialmente afirmado, fosse excluído pela situação justificante objetiva. Assim, enquanto na causa de justificação que exprime a concretização de uma liberdade, bastaria a situação objetiva justificante para obstar ao preenchimento integral do tipo objetivo, nas causas de justificação que implicam revalorização do facto, a falta de elementos subjetivos impediria a anulação da proibição.

Esta explicação lógica é plausível se entendermos que, num caso, a ausência da causa de justificação desloca a conduta de uma área neutra, do não proibido, para o campo da proibição, pois a presença da causa de justificação apenas nega o caráter proibido do facto, enquanto, no outro, a causa de justificação tem uma natureza afirmativa, não negando apenas a proibição, mas anulando-a ou compensando-a. Na última hipótese, a conduta permitida tende a não revelar só um desvalor enfraquecido ou descaracterizado, devendo expressar um concreto valor positivo.

Deveremos reconhecer, por exemplo, que a firmeza de um edifício lógico da legítima defesa como permissão excecional levaria, necessariamente, a não admitir a solução da tentativa, na falta de elementos subjetivos, mas a excluir em absoluto a própria justificação. Esta certeza, baseada na construção lógica, não apaga, porém, uma dúvida. Como pode persistir o desvalor do resultado numa conduta objetivamente necessária à defesa? Como é que matar o agressor pode ser um resultado desvalioso, só por se desconhecer a agressão?

A resposta é, como se disse, ético-jurídica. Está associada à enorme importância que a lesão de certos bens possui e ao peso das inibições à violação de certas normas. Mas o que deveremos questionar é se a legítima defesa assume, de facto, um caráter

vincadamente excecional relativamente ao conjunto de proibições. As restrições ao objeto de uma tradicional legítima defesa ilimitada, que se propuseram atrás, constituem uma significativa atenuação da excecionalidade da legítima defesa. A permissão de matar para defender a vida não é “tão excecional” como seria matar para defender a propriedade, quando seja admissível. Uma limitação do homicídio pela necessidade de defesa de bens essenciais é universal, comum a todas as culturas. Contudo, mesmo que persistamos em acentuar o caráter excecional da permissão contida na legítima defesa, com o sentido de exigir uma razão positiva para a permissão, resta averiguar se não poderemos levantar o juízo de desvalor referente ao resultado, na situação meramente objetiva de defesa. Não será a realização profunda do sentido da permissão absolutamente exigível para a mera degradação do ilícito (e consequente atenuação da culpa), punindo-se apenas o agente por tentativa?

O Código Penal admite, mesmo no homicídio, nas hipóteses típicas de privilegiamento⁴⁷⁵, que o fundamento da atenuação seja constituído por factos que apenas conduzem ao enfraquecimento da proibição⁴⁷⁶. Este enfraquecimento da proibição, se não pode chegar a atingir o ilícito, de um modo direto, introduz-se, obrigatoriamente, na culpa, determinando uma atenuação especial obrigatória, e não meramente facultativa.

⁴⁷⁵ Artigos 133º, 134º e 136º.

⁴⁷⁶ O fundamento da atenuação é, nos artigos citados, determinado pela diminuição sensível da culpa, a qual nunca pressupõe um facto objetivamente valioso, mas tão só um facto socialmente “determinante” (de modo objetivo) de uma conduta divergente da conduta “ideal”, relativamente aos bens jurídicos, pretendida pelo legislador. Assim, mesmo no artigo 133º, o motivo relevante de valor social apenas o é, no sentido de uma capacidade de determinação enfraquecedora das resistências morais do agente, tal como, enfim, a ocultação da desonra, no artigo 136º. Não se pressupõe um motivo positivamente valioso, por concordar com os valores da ordem jurídica. Pelo menos a ocultação da desonra nunca atingiria, na sociedade portuguesa contemporânea, essa dimensão.

Por outra parte, importa observar que o legislador designa como causas de exclusão da ilicitude situações descritas, na parte especial, em complemento dos tipos incriminadores, como especiais tipos justificadores, estendendo a justificação ao espaço do meramente não proibido⁴⁷⁷. Só através deste entendimento o aborto até às dez semanas ou o eugénico podem ser entendidos como causa de exclusão da ilicitude ou a proteção de interesses legítimos, não essencialmente superiores aos lesados, pode justificar a difamação, por exemplo.

Destoaria da coerência geral do sistema que a verificação meramente objetiva da defesa não beneficiasse da aplicação do princípio da adequação e necessidade da pena, de modo a evitar a punição por crime consumado. Na verdade, verifica-se que a incriminação é limitada por factos não necessariamente valiosos, mas socialmente condicionantes da sua necessidade.

A solução da punibilidade por tentativa só será absolutamente inaceitável na hipótese de provocação pré-ordenada da situação justificante. Aí, o efeito objetivo de proteção de um bem é apenas a decorrência do risco criado pelo agente, para perpetrar a conduta justificada, não cabendo ao Direito proteger tal espécie de empresa criminosa.

Nas várias causas de justificação, será sempre como se referiu anteriormente, a dimensão mais direccionada para a proteção objetiva dos bens jurídicos que resulta do seu fundamento ou a acentuação de um significado de direção de vontade, como está bem patente em causas de justificação como a detenção em flagrante delito, o critério para definir a amplitude do elemento subjetivo da causa de justificação.

⁴⁷⁷ Ver artigos 142º, nº 1, alínea c) e 180º, nº 2, alínea a), do Código Penal.

§ 12º – O erro sobre as causas de justificação

1. Situação inversa da falta de um elemento subjetivo de uma causa de justificação é a correspondente ao erro sobre causas de justificação. A questão fundamental que aí se equaciona é saber se o autor em erro sobre a situação justificante ou sobre a própria existência de causas de justificação vê a sua responsabilidade excluída ou atenuada ou se, pelo contrário, esses erros não têm qualquer relevância, mantendo-se a plenitude da ilicitude e da culpa⁴⁷⁸.

O erro sobre as causas de justificação assemelha-se ao erro sobre a factualidade típica quando incide sobre a situação justificante, isto é quando corresponde a uma representação pelo agente, por exemplo, da efetiva vivência de uma agressão ilícita e do exercício de uma legítima defesa ou de uma situação de perigo para bens jurídicos como é pressuposto do direito de necessidade.

Nestas situações das chamadas causas de justificação putativas, a posição do agente assemelha-se à do agente em erro sobre a factualidade típica, na perspetiva da estrutura comportamental. Assim, nessas hipóteses, o agente vive, virtualmente, uma situação justificativa que não existe realmente. Pensa, por exemplo, que alguém o vai agredir, no escuro da noite, mas trata-se apenas de um mendigo que lhe vem pedir esmola. Numa outra situação, um polícia confunde uma encenação de um assalto violento que decorre numa filmagem, na rua, com um assalto verdadeiro e dispara sobre os assaltantes, supondo estar em legítima defesa alheia ou cumprindo a sua função de autoridade pública.

Em síntese, o agente vive a situação como uma causa de justificação e realiza o facto típico com esse conhecimento errado.

⁴⁷⁸ PEREIRA, R., "Justificação do facto e erro em Direito Penal", em *Casos e Materiais*, coord. de Fernanda Palma, 3ª ed., 2009, p. 139 e ss.

A única diferença entre estes casos e os de erro sobre a factualidade típica reside no objeto do erro, que é, num caso, a situação justificante, no outro caso, a própria situação típica. No entanto, quanto à estrutura do erro, à sua natureza de cariz intelectual ou ao sentido do ato, existe uma essencial identidade.

Mas, como se disse, o objeto do erro é diferente nos dois casos; um dos erros incide sobre a factualidade típica o outro sobre a situação justificante.

Poderá esta diferença justificar um diferente tratamento do erro nas suas consequências?

2. No pensamento penal, a resposta a esta dúvida tornou-se objeto de uma discussão sobre os fundamentos de responsabilidade a partir da tese de WELZEL de considerar o erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação como mero fundamento de atenuação da culpa e, em casos de não censurabilidade, de exclusão da culpa por força da sua construção sistemática de inclusão do dolo no tipo.

Se, para este autor, o dolo como finalidade da ação serve o critério da sua identificação pré-jurídica, então numa ação em que o agente pretende matar em legítima defesa, embora na realidade não haja qualquer agressão a que responda, a ação do agente será sempre descritível como ação de matar, não se excluindo o dolo/finalidade do tipo de homicídio.

Esta perspetiva resultava do conceito de ação final de WELZEL, que levava à inserção do dolo no tipo e, conseqüentemente, a uma definição do objeto do juízo de ilicitude que incluía o próprio dolo como finalidade psicológica da ação.

Assim, segundo esta lógica sistemática, o agente em erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação continuava a realizar a ação típica, a ação penal, a ação dolosa em termos psicológicos, correspondente à orientação final de um processo causal para um resultado.

Mas esta consequência sistemática tinha na sua base uma conceção geral sobre a responsabilidade criminal que WELZEL ancorava numa ética objetivista da responsabilidade⁴⁷⁹. A sua ideia fundamental era a de que as ações que se identificam ontologicamente como ações de um certo tipo, como matar, agredir corporalmente ou furtar acarretam desde logo um sentido ético de responsabilidade que serve de referência ao Direito Penal. Assim, matar uma pessoa, em erro sobre um pressuposto de uma causa de justificação, seria sempre matar uma pessoa e nunca uma conduta idêntica, do ponto de vista das exigências de cuidado e responsabilidade, a matar um animal, nas situações de erro sobre a factualidade típica.

O erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação suscitaria, assim, na perspetiva da censurabilidade do agente um problema de culpa não totalmente diverso do erro sobre a própria existência de uma causa de justificação. Tal como nessa outra figura existiria uma inerente violação de um dever de verificação da situação justificante, que se tornaria o suporte da responsabilidade criminal.

Tanto no caso de um agente pensar, erradamente, que estaria a ser agredido e responder numa suposta legítima defesa como no caso de o agente admitir que a lei lhe conferia o direito de legítima defesa, antes de a agressão ilícita se ter iniciado ou depois da sua consumação, existiria um problema semelhante de culpa. O agente, nesta perspetiva, utilizaria uma causa de justificação que o Direito não lhe conferia na situação concreta.

É esta a posição da chamada teoria da culpa rigorosa, que foi defendida por WELZEL em atenção ao facto de, no seu sistema, o dolo da ação não ter como objeto as causas de justificação, mas ser limitado à finalidade da ação, como escolha de meios e de um processo causal para a realização de um fim, que, nestes casos, seria sempre matar uma pessoa. O erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação não afastaria, por isso, o dolo.

⁴⁷⁹ Cf. "Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung", *text. cit.*, p. 241 e ss..

3. Contra esta perspectiva de WELZEL, têm sido opostos dois tipos de argumentos: estruturais/sistemáticos e argumentos de culpa.

Os argumentos estruturais/sistemáticos põem em causa o conceito restritivo de dolo da teoria rigorosa da culpa e sustentam que o agente em erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação não atua dolosamente, por não ter possibilidade de atingir a consciência de ilicitude do facto, na medida em que pensava estar a agir num quadro de circunstâncias que tornavam justificado o seu comportamento.

O dolo, para os autores do sistema neoclássico ou mesmo para o funcionalismo teleológico não seria meramente um dolo-do-facto, psicológico, relacionado com a condução da ação, mas um dolo-valorado associado ao significado social do facto e ao próprio significado jurídico.

Assim, tanto para os autores que sustentavam que o dolo incluiria a própria consciência da ilicitude, como seu elemento constituinte de conhecimento⁴⁸⁰, como para os autores que, partindo do dolo-do-facto em sede de tipicidade lhe acrescentam um elemento de atitude ou emocional, a representação errónea de circunstâncias de facto justificantes, como a existência da agressão no exemplo da legítima defesa, afastaria o próprio dolo.

No plano da culpa, a principal objeção que se coloca à teoria rigorosa de WELZEL é o facto evidente de o merecimento penal do agente e a sua censurabilidade em termos de culpa serem absolutamente diversas em situações de erro sobre a existência ou limites da causa de justificação e em situações de erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação.

No primeiro caso, o agente age na base de uma representação valorativa divergente com a ordem jurídica – pensa que a legítima defesa se pode exercer sem agressão ilícita, por exemplo – no

⁴⁸⁰ Cf. sobre o conceito de dolo, DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral I*, ob. cit., p. 349 e ss..

segundo caso, a representação e a correspondente vontade é totalmente concordante com as orientações de dever impostas pelo Direito – o agente pensa agir numa situação que representa, em erro, tal como o legislador fundamentou a legítima defesa.

Estes argumentos justificam o afastamento do dolo nas situações de erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação e é neles que se baseiam as chamadas teorias do dolo e da culpa moderada.

4. A teoria da culpa moderada tem sido defendida por finalistas moderados, corrigindo ou atualizando WELZEL. Entendem autores como STRATENWERTH⁴⁸¹ que, nas situações de erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação, o agente não tem um comportamento característico de agente doloso, no plano da culpa, justificando-se, por isso uma analogia com as situações de erro sobre a factualidade típica, excludentes do dolo. Mas a teoria da culpa moderada tem também sido adotada por autores como FIGUEIREDO DIAS a partir de uma combinação entre um dolo psicológico como elemento do tipo e um dolo de culpa⁴⁸².

As teorias do dolo, por outro lado, rejeitam o conceito psicologista de dolo ou de dolo-do-facto e, baseadas no conceito de dolo como representação da ilicitude e não apenas possível representação, não podem deixar de sustentar a exclusão do dolo.

5. O cerne da questão do erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação é a distinção entre o erro de sentido em que o agente não tem efetiva oportunidade para decidir de acordo com o Direito e o erro de significado em que o agente

⁴⁸¹ Cf. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 158.

⁴⁸² FIGUEIREDO DIAS define a sua posição como uma teoria da culpa moderada, distanciando-se do pensamento de Roxin que afasta o dolo do erro sobre pressupostos de facto de uma causa de justificação apenas por razões de censurabilidade ou de culpa. Cf. DIAS, J. DE FIGUEIREDO, ob. cit., p. 500 e ss.; ROXIN, C., *Strafrecht...*, ob. cit., §§ 14º, 62º, p. 526 e ss..

tem uma leitura alternativa do significado de factos que representa corretamente. Essa distinção justifica a fronteira para a exclusão do dolo e pode ser utilizada para distinguir um erro sobre causas de justificação (pressuposto de facto), excludente do dolo, e outro, que embora incida sobre as causas de justificação (existência ou limites), não altera as condições de possibilidade ou oportunidade de representar corretamente a ilicitude do seu facto e, por isso, agir motivado pelos critérios de valor subjacentes à ilicitude da conduta tal como é prevista pelo Direito.

É, assim, este o enquadramento doutrinário que explica o artigo 16º, nº 2, do Código Penal – o qual prevê a exclusão do dolo em situações de erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação. O Código Penal não tomando partido na discussão teórica revela, porém, ao equiparar a situação de erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação, “o erro sobre um estado de coisas que a existir excluiria a ilicitude do facto”, ao erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de exclusão da culpa, o erro sobre um “estado de coisas que a existir excluiria a culpa do agente”, que, estruturalmente, o dolo a que se refere não é um mero dolo-do-facto de tipo psicológico (um mero dirigir a ação para a morte de uma pessoa), mas trata-se já de um dolo valorado, cujo objeto inclui para além do significado social o valor para o Direito da conduta do agente.

Só esta última perspetiva permite compreender a exclusão do dolo, no caso de um agente que pensa, erroneamente, encontrar-se numa situação de estado de necessidade subjetivo, prevista no artigo 35º do Código Penal, como aconteceria se o agente pensa, em erro, que a sua vida ou de um familiar se encontra em perigo, sob ameaça de um grupo de terroristas, e que só pode salvar-se cometendo um crime grave contra a integridade física de um terceiro, praticando um assalto armado a um banco.

A exclusão do dolo prevista no artigo 16º, nº 2, tanto nos casos de erro sobre a exclusão da ilicitude como nos de erro sobre a exclusão da culpa, só pode, naturalmente, compreender-se a

partir de uma analogia quanto ao objeto do erro e às consequências para a censurabilidade do agente⁴⁸³.

Mas, mesmo que se entenda que o erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação afeta a chamada culpa dolosa do agente e não propriamente o dolo-do-facto, não permanecerá um certo equívoco no artigo 16º, nº 2 quando prevê identicamente para o erro sobre a situação que a existir excluiria a culpa também a exclusão da culpa dolosa? A equiparação legislativa das situações não é excessiva e até desproporcionada? E isso tanto mais que se prevê a exclusão do dolo, no nº 2, tal como está previsto para as situações de erro de tipo. Não é diferente numa perspetiva de censura pessoal e de culpa estar em erro de tipo, sobre uma causa de justificação ou sobre um pressuposto de facto de uma causa de exclusão da culpa?

Na realidade, a estas questões pode começar por se responder afirmativamente. Se, como dizia WELZEL, matar um animal, na representação errónea do agente, é à partida gerador de um dever de cuidado e uma atitude diversa de matar uma pessoa, também errar sobre uma circunstância que, a existir, meramente excluiria a culpa ainda acarretará para o agente um dever superior de verificação.

No entanto, é essencial realçar que a exclusão do dolo e a subsistência da negligência é a solução legal que ainda permite diferenciar, mantendo a atenuação da responsabilidade, uma pura exclusão de toda a responsabilidade, na situação de verificação das circunstâncias que excluem a culpa, de uma situação de erro, afastando as alternativas de não excluir pura e simplesmente a responsabilidade ou de meramente a atenuar que seriam desfasadas da situação vivida, psicológica e moralmente, pelo agente.

⁴⁸³ Cf. sobre o ponto, DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal...*, *ob. cit.*, p. 501, analisando o problema em face do Direito Penal português, não diretamente como uma questão de analogia material entre o erro do tipo e o erro sobre um pressuposto de facto de uma causa de justificação, mas a partir do “topos” de que a “relevância jurídico-penal do erro constitui primariamente um problema da culpa”.

Com efeito, a existência da situação real não é a razão mais profunda da exclusão da culpa em figuras como o estado de necessidade desculpante ou o conflito de deveres desculpante. Nelas, vê-se sobretudo a dificuldade subjetiva em o agente se motivar pela norma, devido a apelos existenciais e obstáculos emocionais que tornariam à maioria das pessoas muito difícil o comportamento adequado ao Direito, ou por outras palavras, inexigível outro comportamento⁴⁸⁴.

Nestas situações o cerne da exclusão da responsabilidade não é, sobretudo, uma ponderação de valores que diminuiria a ilicitude, mas antes uma compreensão da dificuldade em o agente corresponder, no conflito existencial ou moral vivido, às exigências do Direito. Assim, se compreende que a diferenciação do nível de responsabilidade entre a existência real das circunstâncias e a sua errónea representação não conduza a uma distinção entre a exclusão da culpa e exclusão da culpa dolosa⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Sobre a doutrina da inexigibilidade o meu “Princípio da Desculpa”, *ob. cit.*, p. 215 e ss., e DIAS, J. DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, ob. cit.*, p. 554 e ss..

⁴⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS põe em confronto as várias soluções e opta, igualmente, pela solução de exclusão do dolo em detrimento da exclusão da culpa que corresponderia à aplicação ao caso da doutrina da inexigibilidade, cf. *Direito Penal, ob. cit.*, p. 571. O autor sustenta esta perspetiva, contra a que CORTES ROSA defendeu, no “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem”, em *Bausteine des europäischen Strafrechts: Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, nota 23, p. 188 e ss.. Na discussão entre os dois autores é óbvio que não só há divergências, quanto ao que seja o objeto do dolo como quanto ao conceito de exclusão da culpa.